

Linkeansvar

Hvordan HTML-linkers funksjon kan medføre ansvar for brudd på
åndsverksloven av 12. mai, 1961 nr 2, § 2.

Kandidatnr: 139

Veileder: Ole-Andreas Rognstad

Leveringsfrist: 1. juni 2005

Antall ord: 23 551

04.06.2005

<u>1</u>	<u>PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
1.1	I HVILKEN GRAD ER LINKING TIL OPPHAVSRETTLIG BESKYTTET MATERIALE PÅ INTERNETT ANSVARSBETINGENDE SOM OPPHAVSKRENKELSE?	1
1.2	INNLEDENDE PRESENTASJON AV OPPHAVSMANNENS VERN ETTER ÅNDSVERKLOVEN	3
1.3	LOVGIVNING OM INTERNETT.....	6
1.4	RETTSKILDER.....	7
1.5	INNLEDENDE PRESENTASJON AV HVA LINKER ER FOR NOE	9
<u>2</u>	<u>NÆRMERE OM OPPHAVSRETTEEN I DIGITALE NETTVERK.....</u>	<u>9</u>
2.1	INNLEDNING	9
2.2	OPPHAVSRETT GENERELT	10
2.2.1	OPPHAVSMANNENS ENERETTER.....	11
2.3	ER ÅVL. § 2, TREDJE LEDD MENT Å SKULLE VÆRE UTTØMMENDE I FORHOLD TIL ÅVL. § 2, FØRSTE LEDD?	18
2.3.2	OFFENTLIG FREMFØRING.....	26
<u>3</u>	<u>ER LINKER TILGJENGELIGGJØRING FOR ALLMENNHETEN?.....</u>	<u>28</u>
3.1	NÆRMERE OM HVA LINKER ER FOR NOE	29
3.1.1	BEGREPENE PEKER, LENKER OG LINKER	29
3.2	TEKNIKKEN BAK HTML-LINKER	31
3.3	ER LINKER Å ANSE SOM EKSEMPLARFREMSTILLING ETTER ÅVL. § 2.....	37
3.4	ER BRUKEN AV LINKER Å ANSE SOM SELVSTENDIG TILGJENGELIGGJØRING ETTER ÅVL. § 2 FØRSTE LEDD?	47

3.5	ER LINKER Å ANSE SOM FREMFØRING ETTER ÅVL. § 2, TREDJE LEDD?	57
3.5.1	VIL EN LOVENDRING AV FREMFØRINGSBEGREPET INNBÆRE ET KLARERE UTGANGSPUNKT OM LINKER SOM FREMFØRING ETTER ÅVL. § 2, TREDJE LEDD.	63
4	<u>NORMAL UTNYTTELSE OG IMPLISITT SAMTYKKE SOM BEGRENSNING AV OPPHAVSRETTE</u>	65
4.1.1	SKADELIDTES MEDVIRKNING.	75
5	<u>ANDRE BEGRENSNINGER I OPPHAVSRETTE</u>	79
5.1	LÅNEREGLENE M. V.	80
5.2	OPPHAVSRETT OG YTRINGSFRIHET	81
5.3	ANSVARSFRIHET ETTER E-HANDELSLOVEN	84
6	<u>SÆRLIG OM DE TILFELLENE HVOR INTERNETTPUBLISERINGEN I UTGANGSPUNKTET ER URETTMESSIG</u>	86
7	<u>AVSLUTNING</u>	88
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	89
9	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	93

1 Problemstilling

1.1 I hvilken grad er linking til opphavsrettslig beskyttet materiale på Internett ansvarsbetingende som opphavskrenkelse?

De siste årenes utvikling og omfang av internettbruken har nødvendiggjort en utvikling av juridiske systemer til beskyttelse av interesser det ved hjelp av digitale nettverk er mulig å krenke. En del av Internett er regulert, men det meste av bruk og teknisk utnyttelse er foreløpig uregulert. Det er noen eksempler på særskilt lovregulering av Internett, slik som e-handelsloven av 23. mai 2003 nr 35. Men i all hovedsak må rettsspørsmålene som internettbruken reiser, søkes løst på grunnlag av lovgivning og rettskilder som ikke spesifikt tar sikte på Internett. Internett er med andre ord ikke så lovløst som man egentlig opprinnelig fryktet eller ønsket som enkelte til tider fremhever. Selv om det er mulig å anvende eksisterende lovgivning på ny teknologi er det likevel en rekke kompliserte spørsmål som kan reises i en slik vurdering, nettopp fordi lovverket ikke i utgangspunktet tok utgangspunkt i tekniske mekanismer.

Linkeansvaret har fremstått som omstridt både i rettspraksis og i teori. Selv om man kan være enige om at noen linker klart har en funksjon som må likestilles med det å gjøre åndsverk tilgjengelig etter åvl. § 2, har man ikke klart å bli finne en rettslig enighet om alle linkefunksjoner fordi ikke alle av disse er naturlig å plassere i åvl. § 2. Det er særlig denne bestemmelsen jeg ønsker å drøfte i den videre fremstillingen.

Forut for enhver rettssak om linker kan det virke som at man diskuterer mye seg i mellom hva linker egentlig er eller hva linker egentlig gjør. Jeg har ikke inntrykk av at

alle er enige om hvordan linker egentlig fungerer eller hva som egentlig skiller en link fra en annen. Men alle linker i sin grunnform har akkurat den samme funksjon, som er å henvise nettleseren til en filplassering på en server eller harddisk. Klarer man da å skille rettslig mellom de ulike funksjoner som linker har, når linker alltid vil ha en grunnfunksjon felles for alle? Og motsetningsvis, er det mulig å omfatte alle linker som tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling etter åvl. § 2?

Innledningsvis ønsker jeg å redegjøre for tekniske begreper som er sentrale ved webprogrammering. Det er etter min mening sentralt at man har en grunnleggende forståelse av det som ligger i teknikken bak linkenes sluttfunksjon. Videre redegjøres for lov- og rettskilde situasjonen og deretter følger en redegjørelse for opphavsretten i generelle termer, men dog begrenset til det som jeg anser som relevant for avhandlingen. Til slutt drøftes problemstillingen om linker utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring eller eksemplarframstilling av åndsverk som faller inn under åvl. § 2.

Siden min hovedkonklusjon er at linker fungerer på en slik måte at man bør anse disse for en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2, har jeg også inkludert en drøftelse om hvilke tilfeller som kan tenkes å innskrenke disse eneretter slik at linker i visse tilfelle uansett må kunne aksepteres uten at opphavsmannens enerett av den grunn anses som krenket.

Linkeansvaret har helt klare bindinger til markedsføringsloven. Men i forhold til denne avhandling vil det bli for omfattende om jeg skal drøfte linkeansvaret i forhold til markedsføringsretten. Dette har jeg derfor holdt utenfor.

1.2 Innledende presentasjon av opphavsmannens vern etter åndsverkloven

Opphavsrettens formål og begrunnelse danner selve grunnlaget for reglenes innhold og utformning. De formål og begrunnelse som angis nedenfor kan anses som internasjonale og er stort sett felles for alle land hvor opphavsretten er basert på ”*droit d’auteur*” systemet, det vil si store deler av kontinental Europa og Norden. Formålene og begrunnelsen vil være noe forskjellig i forhold til land som baserer seg på ”*copyright*”, som stort sett er tilfellet i ”*common-law*” land som Storbritannia og USA fordi disse baserer seg på at opphavsrett, eller kopirett, tilfaller den som har ervervet rettighetene til et åndsverk, mens ”*droit d’auteur*” baserer seg på at det er opphavsmannen som har den originære opphavsrett til verket.

Åndsverk er på linje med den vanlige eiendomsretten, opphavsmannens eiendom. Det er fruktene av det arbeid som ligger i en skaperprosess og et skaperverk som skal beskyttes gjennom opphavsretten. Skaperen av åndsverket skal sikres en viss økonomisk mulighet for utnyttelse av egne åndsverk. Når man skaper et åndsverk gir man et uttrykk for en egen personlighet og bør derfor ha rett til å bestemme hvordan og hvorvidt hans arbeid skal offentliggjøres. Opphavsmannen bør videre ha rett til å forhindre misbruk eller ødeleggelse av hans åndsverk. Royalty er å anse som lønn for arbeidet.

Den som skaper et åndsverk vil også investere mye tid og energi i det. Man skal kunne utnytte et åndsverk økonomisk slik at kostnader og investeringer gir økonomisk utbytte. Dette vil igjen skape en interesse for nyskapning i den grad det ligger en økonomisk interesse i produktet / åndsverket.¹

¹ S.M Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights, Butterworths, London 1983.

Lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai, 1961 nr 2 (åvl.) er generell og regulerer det opphavrettslige vernet for alle typer litterære, kunstneriske og vitenskapelige verk. Loven gjelder uavhengig av hvilken måte og form åndsverk kommer til uttrykk på og fastsetter som hovedregel at den enkelte opphavsmann til et åndsverk har rett til å bestemme om og hvordan åndsverket skal gjøres tilgjengelig for allmennheten. Opphavsmannen gis en enerett til å råde over åndsverket ved eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten ved spredning, visning eller fremføring. Vernet har som formål å sikre at opphavsmannen kan regulere utnyttelsen av hans verk og på en slik måte at det sikrer han et visst økonomisk utbytte.²

Det er den som skaper et åndsverket som har opphavsretten til det, jfr åvl. § 1. Utøvende kunstneres, plateselskapers og andre rettighetshaveres rettigheter reguleres nærmere i enkeltbestemmelser i loven. Disse omtales med en fellesbetegnelse som de nærstående rettigheter.

Opphavsmann vil alltid være en fysisk person. Juridiske rettssubjekter som ikke er en fysisk person kan ikke være skapere av åndsverk, jfr henvisningen til ”den som” skaper et åndsverk, åvl. § 1. For firmaer, selskaper og lignende vil opphavsretten oppstå gjennom ansatte som skaper verket. Dersom det er flere sammen om å skape et åndsverk vil de ha opphavsretten til verket sammen.

² Se KKD - Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven m.m datert 02.04.2003

Et åndsverk kan være skrifter av alle slag, muntlige foredrag, sceneverk, så vel dramatiske og musikkdramatiske som koreografiske verk og pantomimer, samt hørespill, musikkverk, med eller uten tekst, filmverk, fotografiske verk, malerier, tegninger, grafikk og lignende billedkunst, skulptur av alle slag, bygningskunst, så vel tegninger og modeller som selve byggverket, billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, så vel forbildet som selve verket, kart, samt tegninger og grafiske og plastiske avbildninger av vitenskapelig eller teknisk art, datamaskinprogrammer, oversettelser og bearbeidelser av verk som er nevnt foran, jfr åvl. § 1.

Opphavsretten aktiveres bare dersom det frembrakte har verkshøyde eller åndsverkkvalitet. Kravet til verkshøyde uttrykkes som et krav om at verket må inneha en viss grad av originalitet. Opphavsretten oppstår samtidig med verket. Det kreves ingen formell registrering eller andre formaliteter.

Det stilles ikke krav til at formen for åndsverket skal være endelig eller varig fiksert. Videre må verket ha fått en ytre realitet. Imidlertid må det foretas en avgrensning mot frembringelser som fremdeles kun er en idé i opphavsmannens hode.³ Opphavsrett er avgrenset mot utøvende kunst idet utøvende kunst er den kunst som resulterer i prestasjoner, og ikke i verk. Opphavsretten verner bare den som skaper et verk. Utøvende kunstners prestasjoner gis et vern etter reglene i åndsverksloven kapittel 5.

³ Karnov, s 11

Opphavsretten beskytter bare åndsverket som sådan og i dets konkrete form. I dette ligger en klar avgrensning for opphavsrettens omfang og styrke. De rene henvisninger til åndsverk er således ikke å anse som omfattet av opphavsmannens eneretter. Rene ideer eller motiver verket er basert på er heller ikke omfattet.

1.3 Lovgivning om Internett

Når det gjelder lover om Internett mangler vi en samlet lov som regulerer all aktivitet på Internett. Enkelte handlinger på Internett vil uansett kunne rammes av bestemmelser i forskjellige lover avhengig av hva en bestemt handling består i. For eksempel vil spredning av ulovlig pornografi rammes av bestemmelsen i strl. § 204. Utilbørlig markedsføring vil kunne stoppes i medhold av markedsføringslovens § 1. Kjøp og salg over Internett vil reguleres av de samme lover (så langt de passer) som for kjøp og salg av varer og tjenester i butikk eller tjenesteleverandør direkte. Hvilken lov som kommer til anvendelse vil avhenge av hvilke varer og tjenester man bestiller over nettet.

Internett er først og fremst en kilde til informasjon. Både innholdet generelt og linker spesielt er vernet av ytringsfriheten.⁴ Mye taler derfor for at man skal være forsiktig med å regulere internettaktivitet med den konsekvens at folks informasjonstilgang reduseres eller innskrenkes. Ytringsfriheten er underlagt begrensninger og kan kun i unntakstilfelle begrunne begrensninger av opphavsretten. Helt avslutningsvis vil jeg kort ta med noen av de tilfeller som muligens kan begrunne slike unntak.

⁴ St. mld. Nr 26 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100, s 164 og 165.

1.4 Rettskilder

De første lover innenfor åndsretten var fragmentariske og kun gjeldende for enkeltområder innenfor åndsretten. Den felles lov om forfatter og kunstnerrett av 1893 var delvis en redigering av tidligere lover, men også en revisjon i henhold til internasjonale forpliktelser som Bernkonvensjonen av 1896. Men denne loven medførte en del misnøye og allerede i 1921 ble det bestemt at man skulle nedsette en ny lovkomité hvis arbeid resulterte i ny åndsverkslov i 1930. Denne loven ble stående til ny revidering og vedtakelse i 1961 og resulterte i lov om åndsverk av 12. mai, 1961 nr 2. Det er denne loven som pr i dag gjelder men som nok en gang er til revisjon slik at den blir i tråd med nye bestemmelser gitt i EU-direktiv om opphavsrett, Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

Forarbeider som er sentrale for åndsverkloven av 1961 er Ot. prp. nr. 26 (1959-60). Videre har det blitt gjort omfattende utredninger i forbindelse med endringer og tilpasninger av loven som følge av Norges internasjonale forpliktelser. Av disse kan nevnes NOU 1986:18, Opphavsrett og EDB, Ot. prp. nr. 33 (1989-90), Om lov om endringer i åndsverkloven med mer og Ot. prp. nr. 15 (1994-95): Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser.)

Opphavsrettsdirektivet har medført en ganske omfattende lovrevisjon og Norge har en plikt til å gjennomføre endringene innen 2005. Revisjonsarbeidet har resultert i at Kulturdepartementet sendte ut et Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven med mer av 2. april 2003. Departementets gjennomgang og forslag til lovendringer ble lagt frem for Stortinget i Ot. prp. nr 46 (2004-2005). Den opprinnelige dato for vedtakelse ble utsatt da Stortinget ikke kunne godkjenne loven i den form den opprinnelig ble fremlagt. Men så vidt jeg kjenner til er det spørsmålet om kopisperrer og konvertering til mp3-formatet som særlig har voldt mye tvil. Det virker som det

foreligger nok politisk enighet til at de andre delene i forslaget blir vedtatt slik de fremsettes i Odelstingsproposisjonen. Endelig votering over lovforslaget er ventet vil finne sted lørdag 4. juni 2005.

Siden åndsverkloven av 1961 er et resultat av et felles nordisk samarbeid vil også forarbeider fra andre nordiske land kunne ha en viss interesse og relevans. Man har på nordisk nivå tilstrebet seg en størst mulig grad av rettsenhet, særlig på området for opphavsmannens eneretter.

Sentrale internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område er Bernkonvensjonen, Romakonvensjonen, TRIPS-avtalen og to WIPO konvensjoner om opphavsrett og nærstående rettigheter av 1996 i tillegg til det som finnes av relevante EU-direktiver.

Rettspraksis på opphavsrettens område anses som relativt begrenset. I forhold til ansvar for linker har vi de siste årene fått flere dommer som vedrører dette temaet, men uten at ansvaret fremstår som klart. Relevante norske dommer er Høyesteretts dom av 27. januar 2005, publisert i Rettstidene 2005 s. 41, Napster.no-saken, Borgarting lagmannsrett, LB 2000-00699, RG-2004 s. 513 (Finn.no), Oslo tingrett om av 27. oktober 2003 (Startsiden.no). Nordiske dommer som kan ha en viss relevans er NJA 2000: 292 (Tommy Olsson), Vestre landsret dom av 20. april 2001 (Ansvar for dyplinker til mp3-filer).

Som følge av EØS-retten vil også avgjørelser fra den Europadomstolen være relevante for tolking av EU-direktivenes rekkevidde og omfang. Men det foreligger ingen avgjørelser fra Europadomstolen som vedrører et linkeansvar etter det jeg kjenner til.

1.5 Innledende presentasjon av hva linker er for noe

Helt innledningsvis vil jeg kort si noe om hva slags funksjon linker har i oppbygningen av Internettsider.

Linker er henvisninger som angir en filplassering for enhver filtype som gjennom datamaskinens programmer vil hente frem den filen det henvises til. Gjennom datamaskinens programvare vil linkenes funksjon kunne åpne et dokument man vil skrive på, eller linker kan starte en sang man ønsker å høre på, eller linker kan åpne en Internettside man søker etter, eller linker kan vise til andre Internettsider. Denne beskrivelsen er ikke uttømmende. Linker er som regel involvert i mange funksjoner man foretar for å aktivere noe i datamaskinen, enten funksjonen er lagret internt på ens private datamaskin eller det er eksternt lagret på andres Internettsider.

I denne avhandlingen er det kun linker som brukes i HTML-dokumenter på Internett som behandles. Mer om disse begrepene behandles i senere kapittel.

2 Nærmere om opphavsretten i digitale nettverk

2.1 Innledning

Det sentrale for denne avhandlingen er om linker er å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2. Som en innledning til selve hovedproblemstillingen skissert ovenfor, er det etter min mening nødvendig med en redegjørelse for hvordan opphavsretten får anvendelse i digitale nettverk.

2.2 Opphavsrett generelt

Med hjemmel etter åvl. § 1 vil åndsverk omfatte alt fra litterære tekster, bilder, grafikk, film, musikk, billedkunst med mer. I de digitale nettverk vil åndsverket enten være i digital form eller åndsverket er gjengitt i digital form. Et kunstverk av en billedkunstner vil i digital form alltid være en gjengivelse av verket fordi verket etter sin art er tredimensjonalt. Opphavsmannens arbeid med kunstverket kan bare foregå i virkelighetens verden. Den som lager en statue i digital form vil lage et grafisk verk som gjengir en statue, men ikke en statue i seg selv. For musikk, film, tekst, grafikk og bilder vil den digitale opplevelsen kunne være identisk med det fysiske berørbare eksemplaret av verket. Men for slike åndsverk er det opplevelsen og innholdet av verket som er det essensielle og hvorvidt verket foreligger i digital form eller papirutgave vil ikke ha noen betydning for verkets art.

Særlig vil spørsmålet om Internettsider har vern som åndsverk være aktuelt i denne avhandlingen. Etter min mening er det slik at en rekke Internettsider oppfyller kravene til verkshøyde, men langt i fra alle gjør det. Hvorvidt den enkelte Internettside har et slikt vern vil igjen bero på en konkret vurdering av Internettsidenes innhold. Således må det understrekes at når jeg omtaler verk som antatt omfattet av linkeansvaret, så forutsetter jeg også at nettsiden eller det det linkes til faktisk har vern som åndsverk. Hvis ikke vil det åpenbart falle uten for et spørsmål om lineansvar i forhold til opphavsrett.

For ordens skyld gjøres klart at jeg bruker ”*opphavsmann*” også om de tilfeller der det mer korrekt å bruke ”*rettighetshaver*” om den som har fått en ervervet en rett til åndsverket. Jeg ønsker ikke å gå noe særlig inn i opphavsrettens overgang, og jeg ser det heller ikke som nødvendig å skille mellom opphavsmann og rettighetshaver så fremt begge eller bare opphavsmannen har en beskyttelse etter åndsverklovens regler.

2.2.1 Opphavsmannens eneretter

2.2.1.1 Eksemplarfremstilling

Eneretten til eksemplarfremstilling kommer til uttrykk i åvl. § 2. Opphavsmannens enerett til eksemplarfremstilling omfatter alt fra å etterligne kunstverk med egen pensel til å skanne inn analoge eksemplarer eller lagre vernet materiale på en server.⁵ Eneretten til eksemplarfremstilling gjelder også enten verket er i opprinnelig eller bearbeidet form, oversatt eller endret, i annen litteratur eller kunstart eller annen teknikk.

Det sentrale i åvl. § 2 i forhold til digitale nettverk er at eneretten til eksemplarfremstilling omfatter også overføring av verket til innretning som kan gjengi eksemplaret. Digitale nettverk må anses som en del av ”innretninger som kan gjengi” verket fordi alle digitale nettverk forutsetter en fysisk lagring på en server som igjen lagrer filene fysisk på en harddisk⁶. I tillegg til den overføring som skjer når verket sendes gjennom nettverket, også gjengir det når det kommer frem til mottaker uten at en fiksert kopi av verket er fremstilt. Altså må overføring i digitale nettverk, uansett trådløse eller ikke, omfattes av opphavsmannens eneretter, både når det gjelder retten til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring.

Når det gjelder digitale nettverk og spørsmålet om eksemplarfremstilling er det særlig spørsmålet om flyktige- og mellomlagringskopier som har medført et behov for ytterligere presiseringer.⁷ Spørsmålet ble først behandlet i forbindelse med

⁵ Ot. prp nr 46 s. 15 og 16.

⁶ Jfr Ot. prp nr 85 (1997-1998) kap 4.1.3

⁷ Typisk her er RAM- og cachekopier.

gjennomføringen av EU-direktivet 96/9/EF om databaser. Relevante forarbeider i forbindelse med denne lovrevisjonen er den norske Ot.prp nr 85 (1997-98). Den svenske Ot.prp 1996/97:111 kan også være av interesse.

Før den lovrevisjon som nå pågår kom i gang, var spørsmålet om flyktige- eller mellomlagringskopier som en del av opphavsmannens eneretter etter åvl. § 2 uavklart. Fra departements hold var oppfatningen den at

*”[d]et er ikke etter gjeldende rett et krav at det skjer en permanent fiksering av verket. Departementet antar at det likevel etter gjeldende rett er et krav om at en fiksering av et verk skal ha en viss varighet og en viss selvstendighet, for at den skal anses å være omfattet av en enerett.”*⁸

Og videre at

*”Når digitalt materiale hentes fra Internett, blir det sendt i datapakker gjennom et nettverk av datamaskiner som er forbundet med hverandre fram til mottakeren, som så får materialet fremvist på sin dataskjerm. Denne transporten innebærer midlertidig lagring av det materiale som tas imot og videresendes. Slik såkalt mellomlagring er nødvendig for å muliggjøre tilgjengeliggjøring for sluttbrukeren via nett. Mellomlagringen er flyktig, og kun en ledsagende omstendighet til hva som er hovedformålet med tilgjengeliggjøringsprosessen. Etter departementets oppfatning er slik mellomlagring ikke eksemplarframstilling undergitt opphavsrettslig enerett.”*⁹

⁸ Ot. prp. nr 85 (1997-98) s. 14.

⁹ Ot. prp. nr 85 (1997-98) s. 14.

Det fremkom en del kritikk mot denne tolkningen av eksemplarframstillingsretten, særlig fra TONO og den Norske forleggerforening fordi dette ble ansett som en utvidelse av åvl. § 2 som man ikke fant at det var grunnlag for.¹⁰ Selv om det kan innvendes at også midlertidige eksemplarer er å anse som en eksemplarframstilling vil slike kopier likevel mangle en fikseringen av en viss varighet og selvstendighet slik at de mangler det nødvendige kriterier for at de er å anse en eksemplarframstilling etter åvl. § 2. Med selvstendighet menes at fikseringen skjer på et medium av en viss bestandighet.

Når EU i 2001 kom med et nytt direktiv ble det klart at også flyktige eller og mellomlagringskopier av åndsverk er å anse som eksemplarframstilling av åndsverket. Det foreslås likevel at det gjøres obligatorisk unntak fra eneretten for denne type kopier. Dette unntaket er foreslått videreført i Ot. prp. nr. 46.¹¹ Dette unntaket er foreslått i ny § 11a.

Det gis ingen nærmere forklaring på hva som ligger i at eksemplarene har selvstendig økonomisk verdi. I forhold til linkers funksjon kan dette under visse omstendigheter være en konkret problemstilling det bør tas stilling til. Der hvor linken er en konstant gjengivelse av et bilde eller en grafikkfil kan det tenkes at siden man gjennom denne form for linker ikke betaler vederlag for bruken, får en økonomisk gevinst i penger spart og derfor får kopien i seg selv en viss verdi.¹² Det er i tillegg slik at linken er aktivert

¹⁰ Ot. prp. nr 85 (1997-98) s 14 og 15.

¹¹ 2001/29/EF av 22. mai 2001.

¹² In-line linker har denne egenskapen.

uten ytterligere handlinger fra brukeren, slik at kopien på mange måter må sies å settes i gang av den som har laget linken.

Permanent lagring på harddisk vil alltid være en eksemplarframstilling i henhold til § 2 fordi den ikke vil være av flyktig karakter slik flyktigheten må forstås etter forarbeidene. At det er enkelt å slette filen gjør den ikke midlertidig slik lovverket legger opp til.

Slik jeg forstår lovendringsforslaget, anser man det slik at en lovpresisering vil finne sted dersom det vedtas i dagens ordlyd. Dette fordi departementet er av den oppfatning at slike flyktige kopier uansett ikke omfattes av eneretten, selv om de strengt tatt kan anses som en eksemplarframstilling. Det vil derfor ikke skje noen endring av gjeldende rett, annet enn at man presiserer, at slike kopier faller utenfor åvl. § 2.

2.2.1.2 Tilgjengeliggjøring for allmennheten

Med tilgjengeliggjøring av åndsverk etter åvl. § 2 menes enhver måte hvor allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, både helt eller delvis. Eksempler på slik allmenn tilgjengeliggjøring vil være ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler.¹³ Allmennheten i denne sammenheng menes den tilgjengeliggjøring som finner sted utenfor opphavsmannens private krets. Størrelsen på allmennheten har også betydning for omfanget av enerettsbeføyelsen. I Bedriftsmusikkdommen, fastslås det at også fremføring av musikk gjennom kringkasting eller grammofon for arbeidere og

funksjonærer på en arbeidsplass er fremføring for allmennheten, selv om gruppen består av et mindre antall personer.¹⁴ ¹⁵ Om hva som i utgangspunktet er antatt å være den private sfære uttaler førstvoterende at

”[u]ttrykket leder etter min mening tanken hen mot en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie- vennskaps- eller omgangsbånd. Jeg finner grunn til særlig å fremheve at selve størrelsen av den personkrets det dreier seg om, vil måtte tillegges en meget vesentlig vekt ved bedømmelse. Dette ikke av den grunn at antallet av deltakende personer i seg selv er avgjørende, men fordi tilknytningen mellom deltakerne innbyrdes i første rekke vil være avhengig av forsamlingens størrelse. Jo større kretsen er, desto vanskeligere vil det i det enkelt tilfelle være å konstatere at deltakerne er knyttet sammen på en slik måte at forsamlingen kan sies å ha privat karakter.”

Og videre at

”[o]verført på bedriftsmusikken fører de alminnelige betraktninger jeg her har gjort gjeldende til at avgjørelsen om det foreligger offentliggjørelse i lovens forstand i første rekke vil bero på bedriftens størrelse. På den ene side finnes der bedrifter hvor antall arbeidere og funksjonærer som har adgang til å høre musikkfremføringen er så stort at – ofte også vekslende – og deres tilknytning innbyrdes er så fjern at fremføringen ikke kan sies å ha den nødvendige private karakter.”

¹³ S. 16 i Ot. prp. nr 26 (1959-60).

¹⁴ Rt. 1953 s. 633.

¹⁵ Rt. 1953 s. 633 – Bedriftsmusikkdommen.

Denne avklaringen er praktisk viktig i forhold til Internett og den tilgjengeliggjøring som finner sted der. Ofte er det slik at man har tilgang til Internett fra sitt private hjem. Den som gjør åndsverk tilgjengelig på Internett på denne måten, kan i utgangspunktet rette seg mot en mindre gruppe personer, eller mot lukkede brukergrupper. Men Internett er allment tilgjengelig etter sin natur, og man kan, gjennom publisering på Internett, nå praktisk talt hele verden. Det vil derfor være utelukket at man er innenfor den private sfære, selv om man når frem til den enkelte bruker i hans eller hennes private hjem. Dersom man utelukkende har gjort åndsverk tilgjengelig i en lukket brukergruppe vil det kunne bero på en konkret vurdering om dette fremdeles er å anse som en ”allmenn” tilgjengeliggjøring. Jeg vil nok tro at brukergruppens antall deltakernes og nærhet til hverandre vil få betydelig vekt i denne vurderingen.

Tilgjengeliggjøring for allmennheten finner sted ved at verket fremføres eller ved at eksemplarer spres eller vises utenfor det private området, jfr åvl. § 2, tredje ledd. Fremføringsretten er i motsetning til visningsretten knyttet direkte til verket som sådan og ikke til eksemplarer av det. Den typiske fremføring vil derfor være den levende fremføring som foregår for et tilstedeværende publikum.

I forarbeidene til dagens åndsverklov av 1961 er naturlig nok overføring via digitale nett ikke behandlet da disse ikke eksisterte på 1950-tallet. Men forarbeidene forutsetter helt klart en vid fortolkning av åndsverkloven § 2.¹⁶ Etter de delegertes mening er det slik at opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter ”en

¹⁶. Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16.

hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således for eksempel ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler, jfr Knoph s. 92-93.”¹⁷

Beføyelsen er utformet teknologinøytralt og Kulturdepartementet uttaler i Ot. Prp. Nr 46 at ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” antas å være dekkende for den teknologiske utvikling som har funnet sted de siste 40 årene.¹⁸

Spørsmålet om overføring av åndsverk i digitale nettverk som omfattet av de opphavsrettslige regler kom opp i forbindelse med lovendringsarbeid som følge av gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser.¹⁹ Det er i forarbeidene til lovrevisjonsarbeidet lagt til grunn at dersom

*”et åndsverk [stilles] til rådighet for allmennheten gjennom for eksempel et digitalt nett, vil dette høre under enerettsbeføyelsene, hva enten det skal karakteriseres som en offentlig fremføring eller en spredning av eksemplarer. Det regnes normalt som offentlig fremføring av et verk dersom det gjøres tilgjengelig gjennom åpne nettverk, f eks Internett”.*²⁰

Det er ikke et vilkår at allmennheten faktisk benytter seg av tilgangen til opphavsrettslig vernet materiale etter at det er gjort tilgjengelig for allmennheten. Overtredelsen av

¹⁷ Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16.

¹⁸ Ot. prp nr 46 (2004-2005) s. 20.

¹⁹ 96/9/EF.

eneretten har funnet sted allerede i det verket er tilgjengelig for allmennheten.²¹ Altså er det ikke et vilkår for overtredelse at man kan godgjøre en faktisk utnyttelse av verket.

Tilgjengeliggjøring for allmennheten som ikke skjer i ervervsøyemed er like fullt urettmessig så fremt opphavsmannen ikke har samtykket til en slik tilgjengeliggjøring.

2.3 Er åvl. § 2, tredje ledd ment å skulle være uttømmende i forhold til åvl. § 2, første ledd?

Forholdet mellom åvl. § 2 første og tredje ledd kan tolkes forskjellig når det verken av lovteksten selv eller av forarbeidene til åndsverkloven fremgår klart om det slik at man skal lese åvl. § 2, tredje ledd som en legaldefinisjon av tilgjengeliggjøringsbegrepet i første leddet. Grunnen til at forholdet mellom første leddet og tredje leddet bør drøftes i min avhandling er fordi det for visse linkers funksjon kan være en viss tvil om at linkene er en ”*fremføring*” av verket i opphavsrettslig forstand, eller om linker kun kan sies å skape til veie en tilgjengeliggjøring til verket i språklig forstand. Men kan det da tenkes at denne ”*tilgjengeliggjøringen*” i så fall bør tilsi at også linker med en slik funksjon burde være omfattet av opphavsmannens eneretter slik man må forstå opphavsrettens vern? En avklaring av det rettslige forholdet mellom første og tredje leddet er derfor etter min mening, av relevans i forhold til min avhandling. Spørsmålet om visnings- og spredningsretten holdes utenfor. Drøftelsen vil kun omhandle forholdet mellom tilgjengeliggjøring og fremføring.

²⁰ Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s 14.

²¹ John Dickie, Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, s. 46.

Det grunnleggende utgangspunktet følger av åvl. § 1, første ledd – opphavsretten gir innen de begrensninger som loven gir, en enerett for opphavsmannen til å råde over verket ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Det følger av åvl. § 2 tredje ledd at tilgjengeliggjøring av åndsverk finner sted ” *når det fremføres utenfor det private område, eller når eksemplar av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres*”.

Åvl § 2, tredje ledd ble innført ved lovrevisjon i 1961. Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten var ment å skulle omfatte enhver måte hvorved allmennheten kan gjøre seg kjent med verket. Siden et verk gjøres tilgjengelig hver enkelt gang det blir utgitt, opplest, fremført, utstilt, kringkastet osv, er dette ingen engangsbeføyelse for opphavsmannen. Dette gjelder selv om det samme verket gis flere alternative tilgjengeliggjøringsmåter. Dog gjelder visse unntak for artister og plateprodusenter.²² For musikk som allerede er utgitt er det slik at rettighetshavere som artister eller plateprodusenter ikke kan motsette seg fremføring av verket. I Ot. prp. nr 46 (2004-2005) er det imidlertid foreslått at dette ikke skal gjelde ved såkalte ”*på-forespørseltjenester*” slik at artister og plateprodusenter har en rett til å nekte at deres verk tilbys for fremføring ved på-forespørsel tjenester.

I forarbeidene til 1961-loven kan det synes som at man gjennom introduksjonen av tredje ledd angir en form for legaldefinisjon av selve tilgjengeliggjøringsbegrepet. Det nevnes at man har tre hovedgrupper av måter å utnytte åndsverk på, av både økonomisk

²² Jeg kommer tilbake til de nærstående rettigheter senere i avhandlingen.

og juridisk karakter. Disse tre hovedgruppene oppgis å være fremføring av verket, fremvisning av verket, og spredningsretten.

Rettspraksis vedrørende dette tolkningsspørsmål har etter det jeg kjenner til kun være opp til behandling en gang. I den norsk Napster-saken om dyplinker til mp3-filer kommer det klart frem at Høyesteretts domsgrunner at åvl. § 2 tredje ledd ikke skulle anses som en legaldefinisjon av tilgjengeliggjøringsretten.²³ Høyesterett sier dermed klart at tredje leddet ikke er en legaldefinisjon av første leddet, noe som igjen må bety at det kan tenkes andre former for tilgjengeliggjøring enn det tredje leddet angir. Særlig når man har det generelle utgangspunkt at med tilgjengeliggjøring for allmennheten menes enhver måte allmennheten får tilgang til opplevelsen av verket. Slik jeg forstår Høyesterett i denne uttalelsen er det altså slik at man kan tenke seg former for overføring til allmennheten som ikke kan betegnes som fremføring av verket, men som likevel må anses som en del av opphavsmannens enerett etter åvl. § 2, første ledd.²⁴

I forarbeidene til den lovrevisjonen som nå pågår er, tas det ingen klare standpunkt til om man anser tredje leddet som en uttømmende kategorisering av tilgjengeliggjøringsformene, eller om man skal anse første leddet som en overordnet hovedkategori for mulige tilgjengeliggjøringsformer.

²³ Høyesteretts dom av 27. januar 2005. Saken gjaldt krav om erstatning i medhold av åndsverkloven §55 for utlegging av linker på Internett til beskyttede musikkfiler i mp3-format. Høyesterett tok ikke stilling til om utleggingen av linker til musikkfiler var å anse som tilgjengeliggjøring, jf åndsverkslovens §2. Linkingen ble imidlertid vurdert som erstatningsbetingende medvirkning til opplasters ulovlige tilgjengeliggjøring av musikken, jf åndsverkloven §55, jf §54 bokstav a og d, jf §45.

²⁴ S. 7 i dommen.

For det første ble det tatt opp som et spørsmål under høringsrunden om man ikke burde innføre en ny beføyelse under tilgjengeliggjøringsbegrepet kalt *”tilrådighetsstillelse til allmennheten”*.²⁵ I denne sammenheng ble det særlig lagt vekt på spørsmålet om hvordan man skal forstå linkers funksjoner i forhold til det opphavsrettslige vern.

Fra Kulturdepartementets side ble det ikke konkret tatt stilling til spørsmålet om linker er en del av det opphavsrettslige vern. Men i sin kommentar la departementet likevel vekt på at de fleste former for tilgjengeliggjøring for allmennheten er omfattet av offentlig fremføring, visning eller spredning. Det ble derfor hevdet at en innføring av en ny enerettsbeføyelse kunne medføre misforståelser med hensyn til enerettenes innhold. Departementet kom frem til at *”tilrådighetsstillelse til allmennheten”* også for fremtiden bør beholdes innenfor begrepet *”offentlig fremføring”*. En innføring av et nytt ledd ville etter departementets syn ikke ha utvidet gjeldende rett. Departementet kunne derfor ikke se at det ville medføre noen større klarhet av hva tilgjengeliggjøringsretten omfatter.

Slik jeg forstår de svenske forarbeider til endring av opphavsretsloven i Sverige som følge av Opphavsrettdirektivet, legges det opp til at man innfører en ny beføyelse for opphavsmannen kalt *”överföring till allmänheten”*.²⁶ Beføyelsen omfatter alle former for tilgjengeliggjøring for allmennheten av åndsverk som skjer over avstand, uansett hvilket type åndsverk det er snakk om.²⁷ Med tilgjengeliggjøring over avstand menes at man får tilgang til det enten via trådbundne eller trådløse nettverk og fra et annet sted enn der hvor allmennheten kan oppleve verket. Selve begrepet *”fremføring”* vil bli

²⁵ Ot. prp nr 46 s. 21. Forslaget ble fremmet av Advokatforeningen.

²⁶ Ds 2003:35.

²⁷ Ds 2003:35 s 86.

forbeholdt den tilgjengeliggjøring som skjer direkte for et tilstedeværende publikum, jfr det engelske begrepet "*public performance*".

Ser man nærmere på de internasjonale konvensjonstekster som danner det rettslige utgangspunkt for begrepenes innføring og omfang i norsk rett, viser det seg ganske klart at en gjennom norske oversettelser kan miste en del nyanser som vil måtte vektlegges i vurderingen av hvor omfattende tilgjengeliggjøringsretten er ansett å skulle være. I Bernkonvensjonen skilles det mellom "*overføring til allmennheten*" og "*offentlig fremføring*" og "*kringkasting*". I Romakonvensjonen for nærstående rettigheter er "*kringkasting*" forskjellig fra "*overføring til allmennheten*". I denne konvensjonen er "*overføring til allmennheten*" også ment å omfatte "*fremføring*" for et tilstedeværende publikum. EUs utleiedirektiv benytter uttrykket "*overføring til allmennheten*" på samme måte som man bruker "*fremføring*" for et tilstedeværende publikum og man må derfor anta at begge er omfattet av eneretten.²⁸ I opphavsrettsdirektivet derimot er fremføring avgrenset mot "*fremføring*" for tilstedeværende publikum.²⁹ I WIPO-traktatene av 1996, det vil si WIPO Performances and Phonograms Treaty and WIPO Copyright Treaty, holder man "*kringkasting*" adskilt fra "*overføring til allmennheten*", som for visse formål også dekker "*fremføring for et tilstedeværende publikum*". I WCT brukes begrepet "*overføring til allmennheten*" slik at det omfatter også en "*på-forespørsel rett*".³⁰

²⁸ 92/100/EØF

²⁹ Opphavsrettsdirektivet art. 3.1.

³⁰ WCT art. 8.

Slik jeg forstår departementet videre er det meningen at alle de ovenfor nevnte handlinger uansett vil være omfattet av den overgripende beføyelsen ”*tilgjengeliggjøring for allmennheten*”.³¹ Derfor må man kunne anta at tilgjengeliggjøringsretten omfatter både det å ”*overføre til allmennheten*” som at det også omfatter det vidtfaenende begrepet fremføring for allmennheten.

Fra departementets side fremholdes at man oppfatter begrepene slik de fremkommer i dagens ordlyd å være tilstrekkelig godt dekkende også i forhold til dagens teknologi. Siden man vet at linker ble tatt opp særskilt som et spørsmål fra Advokatforeningen, bør man kunne anta at departementet mener at begrepene i dag også er dekkende nok i forhold til denne problemstillingen. Derimot sies det ikke noe om hvordan spørsmålet om linker skal behandles, altså om linker klart faller innenfor eller utenfor opphavsretten. Det utelukkes dermed ikke at linker kan være omfattet av det som er opphavsmannens eneretter. Så lenge man er enige om at begrepene også dekker dagenes teknologi, som Internett klart omfatter, må det være klart at noe så sentralt som linker også må kunne være omfattet av denne teknologien på sammen måte som Internett må være det.

Så lenge Opphavsrettsdirektivet legger til grunn en ganske vid forståelse av tilgjengeliggjøringsretten, er det ingen grunn til at det skal være noe annerledes i norsk rett. En slik forståelse bør tilsi at innholdet av fremføringsretten ikke er ment å begrense omfanget av den overordnede beføyelsen ”*tilgjengeliggjøring for allmennheten*”, men at innholdet av fremføringsretten uansett må leses med tilgjengeliggjøringsretten for øyet

³¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 20.

slik at man til slutt kan ende opp med å utvide begrepet ”fremføring” til også å omfatte tilgjengeliggjøringsmåter som ikke nødvendigvis faller inn under selve fremføringsbegrepet, men som likevel uansett må anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring av verket. Sluttresultatet kan likevel bli at man bare omtaler det som en allmenn tilgjengeliggjøring uten å bringe inn ”*fremføring*”. Så lenge åvl. § 2, tredje ledd ikke er ment å skulle være legaldefinisjonen av første leddet, vil det kunne argumenteres for at tilgjengeliggjøringsretten uansett har et selvstendig innhold utover det som fremføringsretten inneholder.

Med støtte i både det Kulturdepartementet legger til grunn i Ot. prp. nr. 46 (2004-2005), Opphavsrettsdirektivet og det som er sagt i domsgrunnene i Napster-saken, må det kunne utledes visse holdepunkter for at det er mulig å tenke seg andre former for ”*allmenn tilgjengeliggjøring*” utover det som følger av åvl. § 2, tredje ledd, selv om fremføringsbegrepet skal tolkes i vid forstand og antas å omfatte de fleste tilgjengeliggjøringsmåter som vil kunne finne sted på Internett.

2.3.1.1 Fremføring, visning eller spredning?

Etter åvl. § 2, tredje ledd er et verk gjort tilgjengelig når det fremføres utenfor det private område, når det legges ut for salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres eller vises utenfor dette området.

Spredningsretten er knyttet til det fysiske verket og er derfor ikke aktuelt i forhold til den tilgjengeliggjøring som skjer via digitale nettverk.

Forholdet mellom fremførings- og visningsbegrepet har fremstått som uklart i forhold til den opplevelse som gis av åndsverket gjennom en dataskjerm. Noe av årsaken til at man har ønsket å holde visningsbegrepet utenfor den tilgjengeliggjøring som skjer via en

dataskjerm, er fordi visningsretten begrenses etter reglene om konsumpsjon blant annet i åvl. § 20. Dersom visningsretten skulle begrenses fordi om verket vises via en dataskjerm og Internett, ville dette medføre en ganske alvorlig beskjæring av opphavsmannens enerett.³²

Ved lovendring som nå er foreslått virker det nokså klart at all visning og fremføring som skjer via en dataskjerm uansett skal betegnes som ”fremføring”, selv om det tidligere kunne ha vært slik at også ”visning” var aktuelt. Dette gjelder uansett om det skjer en indirekte visning av verket som tidligere har vært karakterisert som visning dersom man har kunnet se verket via TV-skjerm gjennom kringkasting. Det samme er tilfelle der hvor man kan se verket gjennom en TV overføring gjennom en dataskjerm. En slik forståelse mener man vil forenkle terminologien og man vil samtidig unngå at reglene om konsumpsjon utvides til opphavsmannens ulempe.

I forslaget som fremsettes i Ot. prp. nr. 46, foreslås det derfor at visningsbegrepet forbeholdes de situasjoner der ”fysiske eksemplar av verket vises direkte for et tilstedeværende publikum, f.eks. der et bilde henger i et museum, en litterær tekst vises fra en bok direkte for publikum etc. I alle tilfelle der verket gjøres tilgjengelig på indirekte vis, f.eks. utsendelse av fjernsynssignaler, digital overføring via nettverk eller skjermgjengivelse av et eksemplar på en fysisk bærer (diskett e.l.) foreslås at dette betegnes som en fremføring av verket”.³³

³² Jon Bing tidlig tatt til orde for en slik forståelse i sin bok ”Opphavsrett og edb”. Dette støttes videre i studentavhandling skrevet av Erlend Rignes Efskind; Skjermbildets rettslige natur, publisert i Complex 2/02.

Det vil ikke lenger måtte skille mellom verkstyper som det har vært gjort tidligere, men nå vil det skilles mellom tilgjengeliggjøringsmåter. Man ønsker å videreføre begrepet utover det som fra faglig hold tidligere har vært foreslått, blant annet ved å inkludere alle interaktive undervisningstilbud beregnet for allmennheten som gjengir fotografiske verk, billedkunst eller lignende, til å være en fremføring av verket. Også forelesninger hvor det benyttes storskjerm eller lerret for gjengivelse av verk fra digital form, vil det være en fremføring. Tilsvarende vil gjelde hvor materialet gjøres tilgjengelig fra fjernsynssending der slike verk inngår, f.eks. fra kulturprogrammer og reportasjer fra gallerier/museer.

Etter dette vil det kun være snakk om visning der det fysiske verkseksemplar gjengis direkte for publikum, mens all form for indirekte visning faller inn under fremføringsretten. Dette får konsekvenser blant annet for § 20 hvor avgrensningen mot kringkasting og film vil ikke lenger være nødvendig, ettersom dette er å betrakte som offentlig fremføring, for alle verkstyper.

2.3.2 Offentlig fremføring

Offentlig fremføring av verk omfatter verk som nevnt i åvl. § 1, skapt med direkte tanke på fremføring, som film, musikk, teater, drama, dans og lignende.

Eneretten til å bestemme om verket skal fremføres har opphavsmannen etter åvl. kapittel 1, eller rettighetshavere som utøvende kunstnere og fonogramprodusenter etter kapittel 5.

³³ Side 23 og 24 i Ot. prp nr 46.

Fremføring omfattet all tilgjengeliggjøring som skjer enten direkte for et tilstedværende publikum eller kringkasting og videreoverføring av verk via satellitt eller annen trådløs innretning.

Ved lovrevisjonen i forbindelse med inkorporering av EU's databasedirektiv ble det fra departementets side gjort klart at man med offentlig fremføring også mener den tilgjengeliggjøring som finner sted i åpne nettverk. Også lukkede nettverk er omfattet så fremt man tilgjengeliggjør utenfor det som tradisjonelt sett kan betegnes som det private området.³⁴

Den svenske Mornington-dommen gjør det klar at det har ingen betydning for fremføringsbegrepet om fremføringen formidles umiddelbart for et tilstedeværende publikum eller om formidlingen skjer ved hjelp av tekniske hjelpemidler som en filmforestilling, radio- og TV overføring eller høytalere.³⁵ Også en hypotetisk fremføring kan gi rett på vederlag for opphavsmannen. Dette medfører for eksempel at TONO i dag innkrever fremføringsvederlag for alle TV'er som hoteller har tilgjengelig for sine gjester.³⁶ Selve potensialet for fremføring er avgjørende i slike tilfeller.

Opphavsrettsdirektivet legger opp til at opphavsmannens rett til offentlig fremføring skal forstås i bred forstand og omfatter all formidling til allmennheten som finner sted, selv om publikum ikke er til stede på formidlingens opprinnelsessted, jfr fortalen pkt.

³⁴ Ot. prp. nr 85 (1997-98).

³⁵ Svensk høyesteretts dom av 27. mars 1980 (Hotell-TV dommen), NIR 1980 s.258.

³⁶ <http://www.tono.no/oslo/tono.nsf/id/885754807543FEC841256BC0004BBA98?OpenDocument>

23. Det er antatt at retten omfatter all sending eller videresending av et verk til allmennheten, enten trådløst eller trådbunden, herunder kringkasting.

Selv om man på nordisk departements nivå diskuteres om man skal innføre en ny type beføyelse for å klargjøre opphavsmannens eneretter etter behovet i forhold til dagens teknologi, er man i Norge kommet frem til at en slik innføring ikke vil sikre noen større grad av samsvar mellom begrepene slik de brukes i internasjonale konvensjoner og at man uansett ved gjeldende begreper dekker det som i de internasjonale konvensjoner anses som omfattet av enerettene.³⁷

3 Er linker tilgjengeliggjøring for allmennheten?

Linker sammen med HTML-koder i en Internettside vil i mange tilfeller ha en funksjon som i mange tilfeller kan likestilles med det å gjøre et åndsverk tilgjengelig for allmennheten. Rent faktisk etter sin ordlyd, kan det umiddelbart se ut til at linker er tilgjengeliggjøring. Men dette betyr ikke nødvendigvis at linker er tilgjengeliggjøring i opphavsrettslig forstand.

Det må i denne sammenheng avgrenses mot det som åpenbart faller utenfor. Linker som ikke viser direkte til et åndsverk er ikke omfattet av et linkeansvar. Det samme vil være tilfelle hvor linken viser til filer som er flyttet eller hvor linkene ikke viser til noe som helst. Linken isolert sett er ikke omfattet av en enerettsbeføyelsene etter

³⁷ Se s. 21 i Ot. prp. nr 46.

åndsverksloven. Det må noe mer til for at linker samme med oppbygningen av nettsiden ellers må kunne sies å gjøre et verk tilgjengelig i opphavsrettslig forstand.

I de neste avsnitt vil jeg innledningsvis redegjøre mer dypt gående linkers tekniske funksjon og HTML-dokumenters oppbygning. Deretter reises og drøftes spørsmålet om linker er eksemplarframstilling av åndsverk, eller om linker er en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2. Dersom linker er en selvstendig tilgjengeliggjøring, vil det i så fall være mulig å subsumere linker som fremføring. Dette behandles til slutt i kapittelet.

3.1 Nærmere om hva linker er for noe

For å forstå hvordan linker kan få betydning for opphavsretten bør en kjenne til noen grunnleggende egenskaper ved HTML-dokumenter og linker. Men siden det er slik at det brukes en rekke betegnelser om det grunnleggende begrepet linker, tror jeg det kan være til noe hjelp å forklare litt av det virvaret av begreper som finnes.

3.1.1 Begrepene peker, lenker og linker

På norsk benyttes det med begreper som *"linkeansvar"*, *"pekeransvar"*, *"pekere"*, *"lenker"* og *"linker"*. Norsk Datahåndbok definerer en *"peker"* som en link som peker til en fil som ikke krever at brukeren må klikke på linken for at den skal anvendes. Håndboken defineres en lenke som noe som peker til fil men som i tillegg krever interaksjon fra brukerens side ved at brukeren må klikke på lenken. Et vanlig ord for *"lenker"* og *"pekere"* er også *"linker"*. Etter min mening vil alle begrepene som brukes gjøre forståelsen av problemstillingen uoversiktlig. Alle tre begrepene *"pekere"*, *"linker"* og *"lenker"* omfattes av det som på engelsk omtales som *"links"*. På engelsk gjøres ingen forskjell ved at man kaller *"pekere"* *"pointers"* eller *"lenker"* for *"links"*. Etter min mening kompliserer dette begrepene unødvendig i forhold til de funksjoner

både ”pekere” og ”lenker” har i forhold til det engelske utgangspunkt ”links”, og som er definert som:

*“In hypertext systems, such as the World Wide Web, a link is a reference to another document. Such links are sometimes called hot links because they take you to other document when you click on them.”*³⁸

Linker omfatter både det å vise til og eller hente inn filer i en nettside. Linkene omfatter med andre ord de samme egenskapene som både ”lenker” og ”pekere”, men da som en samlebetegnelse på alle hypertekst linker i HTML-dokumenter.

Videre har man i det juridiske fagmiljø operert med begreper som ”pekeransvar” og ”pekere”, uten at det er ment at nyansene som Norsk Datahåndbok er tatt med, men man bruker ”pekeransvar” om både et ”lenkeansvar” og et ”pekeransvar”. Se for eksempel de fremstillinger som gjøres i Anders Wagle og Magnus Ødegaard’s bok *Opphavsrett i en digital tid*. Det samme gjør Kyrre Eggen i *Særskilt vedlegg nr 1 til NOU 1999:27*. Pekere i denne sammenheng er med andre ord ikke brukt slik det legges opp til i Norsk datahåndbok.

På engelsk brukes ordet ”links” og på fransk ”liens” om denne teknikken, som fra begge språk må kunne oversettes til norsk med ”linker”. Jeg synes at det blir enormt mange datatekniske begreper å forholde seg til som i seg selv muligens vil være irrelevant i forhold til en juridisk fremstilling av et linkeansvar. For enkelthets skyld velger jeg

³⁸ <http://www.interactivewebsites.com/SiteOptions/html/lingo.shtml>

derfor å kun bruke begrepet ”linker”, selv om jeg sannsynligvis vil bli en del kritisert for dette.

3.2 Teknikken bak HTML-linker

Strengt tatt er enhver datamaskin bygget opp av en rekke linker. Når man skal åpne et Word-dokument som ligger lagret på den interne harddisken i mappen ”mine dokumenter”, bruker maskinen en link til selve dokumentet for å hente opp dokumentet. Det samme gjelder dataprogrammer som er installert på maskinen. Man kan åpne de samme programmene ved å gå inn i mappen hvor programmer er lagret, typisk kalt ”programfiler” og deretter mappen for selve programvaren. I denne siste mappen ligger *.exe-filer lagret som vil kunne aktivere programmet. Men det er så mye enklere å bruke snarveier og linker til de samme filene og derfor er det lite praktisk å bruke denne alternative måte å finne frem til programmet på. I min avhandling vil jeg ikke behandle spørsmålet om hvordan et linkeansvar er i forhold til linker til egne dataprogrammer og dokumenter. Jeg vil kun behandle spørsmål om mulig ansvar i forhold til HTML-linkene.

Linker er sammen med HTML-funksjoner noe av det mest sentrale ved oppbygning av alle Internettsider. Linker forbinder nettsider og nettstedet med hverandre og er et navigasjonsverktøy mellom slike sider eller dokumenter. Når det samtidig er slik at man kan benytte seg av det andre gjør tilgjengelig på Internett, vil webdesign og informasjonsoppbygging være både tidsbesparende og økonomisk.

Når man lager en webside vil det være HTML-kodene, eller HTML-tags, som avgjør hvordan nettleseren skal lese linkene.³⁹ Det er med andre ord HTML-kodene som bestemmer linkenes funksjon. Den juridiske terminologi skiller seg fra den datatekniske alminnelige språkbruk. For webdesignere er det først og fremst snakk om interne eller eksterne linker. Dette fordi de eksterne elementene har man ikke kontroll på, og slike linker medfører en viss usikkerhet og mangel på kontroll.

Når man setter opp og lager en webside vil man bruke HTML-kodene til å angi hvordan sidene skal se ut. Man har egne HTML-koder for eksempelvis bakgrunnsfarger og skrifttyper. HTML-kodene vil også fortelle nettleseren hva som er linker i HTML-dokumentet. Hvis man lager en klikkbar link til ABC Startsidens hjemmesider vil denne være kodet som følger:

```
<A HREF="http://www.vg.no" TARGET="_self">VG</A>
```

TARGET="_self" bestemmer at når man klikker på denne linken så skal nettleseren legge Startsidens på toppen slik at brukeren forflytter seg fra linkepubliserers nettsider til Startsidens sine nettsider. TARGET="_top" vil gjøre at linken åpnes i et nytt vindu.

Bilder kodes

```
<IMG SRC=http://www.domene.no/logo.gif ALT="Logo">
```

Flash⁴⁰, kan i mange tilfeller kan være hensiktsmessig å bruke fordi det spesielt er rettet mot multimedia og gir nettside utvikleren en lang rekke grafiske muligheter som ikke HTML gir. Eksempler på Flash-objekter kan være, animasjoner, lyd/musikk eller også

³⁹ Tags er det engelske ordet for HTML-koder. Jeg velger å bruke bare HTML-koder i stedet for tags.

⁴⁰ Flash er et utviklingsverktøy, spesielt rettet mot multimedia i nettapplikasjoner.

komplekse avanserte, interaktive programmer. Med Flash har man også de samme mulighetene som HTML gir i forhold til tidligere nevnte linker.

Eksempelene jeg har gitt ovenfor, gjengir ikke alle HTML-linker, men er bare ment som en illustrasjon på hvordan teknikken som ligger bak de bildene, videofilmene, teksten med mer, som den enkelte bruker opplever gjennom nettsiden. Som illustrert er det HTML-kodene som angir hva som skal skje med selve linken, mens linken viser til plasseringen for det man henviser til, som ligger lagret enten på intern eller ekstern server. Linken strengt tatt er den teksten som er oppført mellom hermetegnene. Altså må man forutsette at for at et linkeansvar skal være aktuelt i forhold til opphavsretten så må man se helheten og hvordan linker sammen med HTML-kodene fungerer slik at når det henvises til et åndsverk ved bruk av HTML-koder, så kan man ut fra denne funksjonen også vurdere hvorvidt linken sammen med HTML-kodene har relevans i forhold til opphavsretten.

For ordens skyld nevnes at en nettleser vil være det programmet som brukes for å lese HTML-dokumenter. Typiske nettlesere vil være Microsoft Explorer. Mozilla Firefox, Opera, Netscape med fler. Nettlesere forstår kun HTML, Java-Script, m.m, så selv om en webdesigner programmerer i PHP, ASP, .NET, Java og andre programmeringsspråk, så er resultatet av kompileringen som sendes nettleseren alltid HTML og/eller Java-script.

Og en bruker i denne sammenheng vil alltid være den som klikker på linken, sørfer på nettet osv. Den som koder linkene kaller jeg tidvis linkepubliserer eller bare *”den som koder linker”*.

Siden fremstillingen er juridisk anser jeg det som hensiktsmessig å forhold meg til de betegnelser som går igjen i juridisk litteratur. Det kan selvfølgelig rettes en del kritikk

mot en slik løsning da jussen helst bør forstås gjennom de reelle fakta. Men siden en inngående behandling av spørsmålet om linkeansvar ved bruk av de tekniske termer forutsetter en grundig kunnskap om HTML-koding og webdesign, blir fremstillingen trolig ganske utilgjengelig for de som ikke har brukt en del tid på å lære seg webdesign. Jeg velger derfor å holde meg til de begrepene som definerer linkens funksjon og som jeg ser går hyppig igjen i den juridiske litteratur.

Linkene deles gjerne inn i fire hovedkategorier hvor definisjonen er gitt ettersom hvilken funksjon linkene har. Disse er såkalte overflatelinker, dyplinker, innvevde linker og rammelinker.

Overflatelinker har den funksjon av den alltid viser til en ekstern nettside. Opphavsrettslig sett kan det argumenteres for at selv disse linkene i sin enkleste form har den funksjon at de effektuerer og derved tilgjengeliggjør åndsverk når man som bruker har klikket på linkene. Andre derimot hevder at linken kun henviser til en annen nettadresse og at denne henvisningen ikke er en del av opphavsrettsvernet. Min innvending til denne henvisningsløsningen er at absolutt alle linker har dette samme henvisningspreget fordi de alle viser til selve filplasseringen, det vil si tilsvarende en URL-adresse. Man kommer derved ikke bort i fra at selv linker man anser som å foreta en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverket, har akkurat den samme grunnfunksjon som en alminnelig overflate link har.

En dyplink kan ha flere funksjoner. Den kan vise til underforliggende sider på en ekstern nettside, eller den kan "hente inn" enkelte filelementer lagret på en ekstern server. For eksempel kan man ved hjelp av en dyplink vise til en artikkel dypt inne på Aftenpostens sider uten å måtte gå omveien om Aftenpostens førsteside. Egentlig kan man også her vise til en URL plassering slik som for overflatelinker, avhengig av hvordan nettstedet har bygget opp sine nettsider. Dyplinker kan både fungere slik at

man forflytter seg til den eksterne nettsiden, som en overflatelink, men at man da alltid vil omgå selve førstesiden til den eksterne nettsiden.

Rammer er en egen kategori linker som gir nettsider andre egenskaper enn det som er vanlig i tradisjonell forstand. Et eksempel på hvordan en nettside med rammer er bygget opp kan være følgende; på venstre side finnes det en meny som igjen er bygget opp av klikkbare linker og midt i nettsidens hovedområde kan det ”linkes” inn hele eksterne nettsider, men også enkle bilder eller elementer, både fra interne og eksterne nettsider. Disse vises da innenfor rammen av den nettsiden linkepubliserer har skapt. Det materialet som vises i hovedbildet vil være en selvstendig nettside (et HTML-dokument), men fremstår som en del av den opprinnelige siden. Adresse feltet mange nettlesere har, vil ikke gjenspeile at man faktisk er på en ekstern side, men vise den opprinnelige adressen (URL’en), uendret.

Innvevde linker har den funksjon at de vever inn i nettsiden bilder, grafikk, videofilm og lignende. For denne type linker, og som mange kanskje ikke er klar over, er det ikke slik at man som bruker behøver å klikke på for at de skal aktiveres. En rekke linker aktiveres uten ytterligere handlinger fra brukerens side allerede når man har gått inn på nettsiden. Det kan derfor være vanskelig for en del å se at man har en rekke linker på nettsider i det man ikke har det kjente elementet av understreket blå tekst. Et vanlig bilde kan være en link like fullt som understreket tekst er det.

Når det gjelder interne linker vil jeg anta at disse som regel ikke er problematiske i forhold til spørsmålet om ansvarsgrunnlaget for linker. Denne antakelsen baseres på et utgangspunkt om at linkeansvaret i seg selv fremstår som juridisk sett noe uklart. Når man først har interne linker til filmmateriale som på en eller annen måte viser til åndsverk i strid med opphavsmannens interesser eller rettigheter er det etter min mening tungvint å ta omveien om en påstand om linkeansvar, når opphavsretten slik den er i dag får

direkte anvendelse ved at en slik lagring eller opplasting av filer alltid enten vil være eksemplarfremsstilling eller tilgjengeliggjøring. Fremstillingen vil derfor være konsentrert om linker til eksterne nettsider, herunder eksternt lagrede filer.

Linker foretar ingen overføring av det filmaterialet det linkes til på en ekstern servermaskin. Det linker gjør er at de henviser brukerens datamaskin til en annen servermaskin. Det er denne servermaskinen som overfører det materialet det linkes til. Den servermaskinen hvor den opprinnelige nettsiden man har klikket seg fra, foretar ingen overføring av filmaterialet til brukerens maskin i form av mellomlagringer ol. Linker får dermed den funksjon at de også bruker av båndbredden til den servermaskinen hvor filene ligger lagret, uten at linkens servermaskin får en tilsvarende belastning.

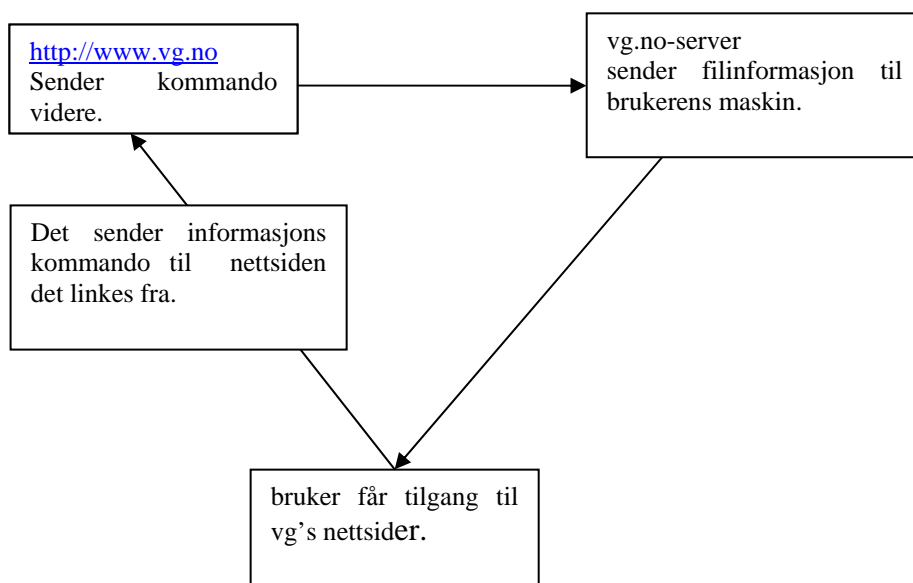


Fig. 1 Linkers betydning for informasjonsoverføringen mellom brukerens maskin, linkeservermaskinen og fillagringsserveren.

Selv om man ser det innlinkede materialet, eller en hovedlink til en annen nettside, så vil man uansett oppleve verket fra tjenermaskinen hvor filmaterialet ligger faktisk lagret.

Når det skapes tilgang til filer gjennom HTML-koder er dette som utgangspunkt den eneste måte tilgang gis når hypertekst overføres fra en server til en annen. Linkene blir det bindende og avgjørende ledd for hvorvidt overføring i det hele tatt kan finne sted. Men man kan også ved bruk av FTP-servere gjøre vernede verk tilgjengelig slik at den enkelte bruker kan finne frem til det enkelte dokument på denne serveren. Når en går inn på en FTP-server begynner ikke adressefeltet med `http://` som vi er vant med. For FTP-servere vil det i stedet angis `ftp://` . Man får tilgang til FTP-servere gjennom eksterne koblinger, slik som også Internett fungerer. Eller vil FTP-servere se ut som om man befant seg på egen datamaskin med oppbygning av mapper og dokumenter.

HTML-linker vil derfor være en av flere måter tilgang til åndsverk gjennom digitale nettverk skapes. En annen måte vil være FTP-servere hvor filer lagres og kan hentes opp eller lastes ned til brukerens datamaskin. Alt i alt er HTML-linker den mest praktiske måte hvorved man skaper tilgang til åndsverkene gjennom digitale nettverk. Og det er i alle tilfelle det mest utbredde av alle digitale nettverk.

3.3 Er linker å anse som eksemplarframstilling etter åvl. § 2.

Når man klikker på en link vil man kunne få tilgang til et åndsverk. I mange tilfeller vil linker fremstille en kopi av det verket man linker til for at datamaskinen raskere og lettere skal kunne hente frem filen. Men en kopi er også i enkelte tilfelle en forutsetning for at datamaskinen skal kunne vise frem filmaterialet i dataskjermen. Begge typer av kopier som fremstilles på denne måten er av midlertidig karakter. Enkelte linker vil kunne fremstille kopier av åndsverk av mer permanent karakter. Spørsmålet i så måte

vil derfor være om fremstillingen av disse kopiene er omfattet av eneretten og derved beskyttet etter åvl. § 2.

Ved lovendring etter det forslaget som er fremsatt i Ot. prp. pr. 46 er det klart at også midlertidig lagring og mellomlagring er omfattet av eksemplarframstillingsretten. Men samtidig forutsettes det at man gjør et obligatorisk unntak slik at disse kopiene uansett ikke har noen selvstendig betydning for opphavsmannen, med mindre unntak som gjør at unntaket ikke kommer til anvendelse, får betydning. Med midlertidige eksemplar menes tilfeldig eller en forbigående fremstilling av eksemplar som utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess og hvis oppgave er å muliggjøre en lovlig utnyttelse av et verk, eller en overføring i et nettverk eller som fungerer som et mellomledd på vegne av tredjeparter. Slike verk omfattes ikke av eksemplarframstillingsretten med mindre de har en selvstendig økonomisk verdi. At verkene ikke skal ha selvstendig økonomisk verdi betyr at de for opphavsmannen ikke har noen potensiell verdi i form av forventet omsetning eller som et mulig inntjeningsgrunnlag. Kravet til økonomisk verdi må også ses i sammenheng med kravet om økonomisk tap dersom erstatningsansvar skal inntre.

En sak fra USA kan være illustrerende i forhold til fremstillingen av midlertidige eksemplar. Saken Kelly mot Arriba Soft Corp gjaldt spørsmål om en bildesøkemotor som Arriba eide, krenket fotografen Kellys enerett til å fremstille eksemplar, distribuere og fremvise eksemplar av sine verker, og hvorvidt det ut fra amerikansk opphavsrettslov §§ 106 og 107 måtte sies at en krenkelse likevel ikke forelå. Bestemmelsene gjør unntak

fra enerettene i de tilfeller hvor andres anvendelse av materialet er omfattet av unntak for ”*fair use*”.

Ved hjelp av søk fikk de enkelte brukere av søkemotoren vist miniatyr bilder av de bildene som ble funnet gjennom søket.⁴¹ Hvert bilde var en link som henviste brukeren videre til den Internettside hvor bildene kunne hentes inn i full størrelse. Arriba ble i frifunnet for kravet om erstatning for urettmessig eksemplarframstilling. Fra domstolens side ble det lagt vekt på at unntakene etter ”*fair use*” bestemmelsen måtte komme til anvendelse. Blant annet fordi søkemotoren gjennom sine tjenester aldri fremstilte bildene til Kelly som sine egne. Det eneste søkemotoren gjorde var å forenkle den enkeltes søk på Internett slik at man lettere kunne finne frem til de enkelte bilder det ble søkt etter. Et slik tjeneste krenket ikke Kellys økonomiske interesser. Saken ble anket gjennom flere rettsinstanser før Kelly omsider fikk medhold i krav om erstatning for linking. Dessverre er det i domsgrunnene ikke sagt hvorfor Kelly ble tilkjent erstatning slik at rettstilstanden fremstår som uklar. Men i forhold til norsk rett ville et erstatningsansvar for framstilling av bildelinker i forbindelse med søking på Internett, tenkes unntatt fra opphavsmannens eneretter. Dette fordi bildene uansett er av midlertidig karakter og fordi bildene fremstilles kun som et resultat av en lovlig utnyttelse av internettsøk. I tillegg til at dette mangler også bildene en selvstendig økonomisk verdi for søkemotorenes eiere. For den som eier det verket det linkes til kan det argumenteres for at en økt oppmerksomhet rundt verkene kan medføre en økt økonomisk interesse for verkene som igjen vil kunne medføre økte inntjeninger.

⁴¹ Såkalte ”thumbnails”.

Paperboy-saken gjaldt en søketjeneste som gjennom søk i dagsaktuelle saker fremstilte linker til andre nyhetsavisers artikler.⁴² Paperboy tilbød sine brukere informasjon om alle Internettssidene som passet den enkeltes brukers søk. Fra det omfattende materialet fremviste Paperboy på forespørsel en liste over de offentliggjørelser som stemte overens med søkekriteriene som nettbrukeren hadde definert. I tillegg ble det oppgitt stikkord og hele eller deler av setninger fra vedkommende offentliggjørelse for å karakterisere innholdet i offentliggjørelsen nærmere.

Saksøkerne ble ikke gitt medhold og det ble slått fast at linker ikke står for noen eksemplarframstilling etter tyske åndsverklov (UrhG § 16). Det ble lagt vekt på at eksemplarframstillingen først finner sted når noen klikker på linken. Siden opphavsmennene selv hadde lagt materialet ut på nettet var et medvirkeransvar ikke aktuelt.

Når man klikker på en link er det selve brukeren som iverksetter en eksemplarframstilling, enten den er av midlertidig eller permanent art. Det vil derfor være brukeren selv som fremstilles eksemplarer det linkes til og ikke den som koder linkene. I dette tilfellet er det mer naturlig å se det som at det er brukeren selv som er ansvarssubjektet. Som støtte for dette kan det vises til Thomas Carlén som også er av den oppfatning at en slik eksemplarframstilling ikke er et opphavsrettsbrudd ved den som koder linken siden det ikke fremstilles et eksemplar hos denne.⁴³ Han sier at så lenge det er hos brukeren eksemplaret er fremstilt utgjør heller ikke lenken i seg selv noe brudd på opphavsretten. Når man som linkepubliserer verken fremstiller

⁴² Tysk høyesteretts dom av 17. juli 2003 (Paperboy).

⁴³ Thomas Carlén, Nätjuridik : lag och rätt på Internet, s. 176.

eksemplaret på egen harddisk eller er den som iverksetter eksemplarframstillingen, vil ansvar for brudd på åvl. § 2 være utelukket.

Det finnes klart tilfeller hvor det er den som programmerer nettsiden er den som også setter i gang en nedlastning likestilt med eksemplarframstilling. For det første har man linker som i seg selv er kodet på en slik måte at linkene starter en automatisk nedlasting uten at det må klikkes på linkene for at nedlastningen skal finne sted. Innnevde linker forutsetter ingen klikk for at eksemplarframstillingen startes. Men den store hovedregel er at alle disse eksemplarene alltid vil være av midlertidig karakter og så lenge de midlertidige eksemplar er flyktige eller tilfeldige, og utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess, så vil de også være unntatt fra eneretten til eksemplarframstilling. Videre skal eksemplarene utelukkende ha til formål å muliggjøre enten et mellomledds overføring av verk i nettverk mellom tredjemenn eller en lovlig bruk av et verk.

Når man bruker en innnevde link for å hente inn bilder, grafiske objekter med mer fra en ekstern server, kan det fremstille midlertidige eksemplar av åndsverket uten at det betales vederlag for denne eksemplarframstillingen. På denne måte kan en likevel utnytte verket på samme måte som om man hadde rettmessig kjøpt et eksemplar av det og i stedet benyttet seg av en intern link til verket fra egen server. For eksempel kan det tenkes at jeg som designer av min Internettside ønsker å bruke bilder med symbolske motiver på min hjemmeside. Men siden jeg er student og har dårlig råd så betaler jeg ikke et billedbyrå eller en opphavsmann for retten til å bruke bildet. Dersom jeg hadde gjort det ville jeg fått oversendt en datafil som jeg deretter lagrer på egen server og

koder en link direkte til min egen bildemappe. I stedet koder jeg en link til bildedatabasen og de bildene jeg synes passer best på min egen hjemmeside.⁴⁴ På denne måte slipper jeg å betale vederlag for bruken, men kan likevel vise frem bildene i min egen hjemmeside som om jeg hadde kjøpt en bruksrett til dem.⁴⁵ Jeg bruker samtidig en innvevet link slik at den som besøker mine hjemmesider kan se bildet på den måten jeg ønsker at det skal vises frem. Når jeg på denne måten slipper å betale vederlag for bruken av bildene har jeg jo en økonomisk gevinst som igjen er et økonomisk tap for bildedatabasen. Således kan det argumenteres for at måten jeg bruker dette bildet på, skaper et eksemplar som, selv om det er av midlertidig karakter, kunne ha en selvstendig økonomisk verdi. Ikke minst er det en illojal utnyttelse av verket i strid med opphavsmannens interesser. I erstatningsretten er uansett en gang slik at det må foreligge et økonomisk tap på skadelidtes hånd. En økonomisk fordel for skadevolder er ikke nødvendigvis et økonomisk tap for skadelidte. Dersom det ikke foreligger økonomisk tap for skadelidte er heller ikke vilkårene for erstatning oppfylt. I strafferetten derimot forutsettes ingen formuesoverføring fra fornærmede til gjerningsmann i tilknytning til det strafferettslig skyldkrav ”*uberettiget vinning*”.⁴⁶ I åvl. § 2 som i seg selv er selve det straffbare gjerningsinnhold finnes ikke et krav om ”*uberettiget vinning*”. Mitt poeng er bare at en økonomisk fordel kan være forskjellig for erstatningskrav og for spørsmål om strafferettslig vinning.

⁴⁴ www.corbis.com er et eksempel på en bildedatabase.

⁴⁵ Alle bildene lagret på Corbis og i andre bildedatabaser har som regel et digitalt vannmerke som først fjernes når man har kjøpt en bruksrett til bildet. Bildene på min hjemmeside ville i så fall blitt vist med dette vannmerket som ville ha indikert at det var Corbis som eide det. Så særlig praktisk er eksempelet ikke, selv om jeg har sett hjemmesider hvor man ignorerer at bildene har egne vannmerker og koder inline linker til dem uansett. Etter min mening er det særdeles uprofesjonelt.

⁴⁶ Se Høyesteretts prinsipputtalelse om dette i Rt. 1975 s 473. Se forøvrig Rt. 1971 s. 808 og Rt. 1975 s. 977 (sak nr L.nr 138 B/1975). For øvrig litteratur henvises til Johs Andenæs, Formuesforbrytelsene, s. 22-23.

Uansett vil det være slik at for denne form for linker kan anføres et brudd på eneretten til tilgjengeliggjøring. Muligens er dette mer praktisk og mer anvendelig og derfor en bedre løsning som rettslig beskyttelsesmekanisme mot urettmessig bruk av innvevde linker.

At mellomlagringsfiler ikke har en selvstendig økonomisk verdi fremheves blant annet av I. J. Garrote i hans artikkel om linker i et komparativ perspektiv.⁴⁷ Han er av den oppfatning at det går an å tenke seg et mulig medvirkningsansvar for midlertidige kopier som fremstilles, men anser det likevel for vanskelig å fremme et erstatningskrav så lenge kopiene ikke har noen selvstendig økonomisk verdi.

Helt unntaksvis kan linker fremstille kopier av mer permanent karakter. Tidlig på 90-tallet, når Internett var nytt og relativt ukjent, var det ikke helt uvanlig at virus ble spredt på denne måten gjennom linker som startet en *.exe-fil.⁴⁸ I dag er det slik at alle nettleserprogrammer skal ha installert en sikkerhetsfunksjon som skal gjøre det umulig for nettleseren å starte en nedlastning av filer uten at brukeren må forhåndsgodkjenne en nedlastning. Derfor er slike linker pr i dag nesten utenkelig. I dag har de aller fleste nettlesere innstillinger som krever at brukeren selv må starte en nedlastning av filer, uansett hvilket filformat filen er lagret i. Dette betyr at det stor sett alltid vil være brukeren selv som setter i gang en nedlastning til egen harddisk, og ikke den som koder linken.

⁴⁷ Ignacio Javier Garrote, Linking and Framing: A Comparative Law Approach, E.I.P.R 2002.

⁴⁸ *.exe er formatet for programvare.

I Napster-saken ble saksøkte funnet ansvarlig for medvirkning til urettmessig tilgjengeliggjøring av åndsverk.⁴⁹ For eksemplarframstilling vil et tilsvarende medvirker ansvar måtte begrunnes forskjellig i forhold til det som ble lagt til grunn i Napster-saken. Når det gjelder linker til filer som urettmessig er gjort tilgjengelig på Internett pågår den ulovlige handling så lenge verket finnes tilgjengelig på Internett. Linken vil kunne forsterke denne tilgjengeliggjøringen ytterligere. For spørsmålet om medvirkning til eksemplarframstilling, vil selve handlingen bestå i den fysiske lagring av verket på en harddisk. Dette er en handling som avsluttes i det verket er lagret, og den lovstridige handling kan derved ikke karakteriseres som et tilstandsdelikt. For at ansvar skal inntre må medvirkningshandlingen i stedet forutsettes å ha hatt en direkte innflytelse, enten som fysisk eller psykisk medvirkning, på sluttresultatet, nemlig eksemplarframstillingen. En link som muliggjør en fysisk lagring av åndsverk i strid med opphavsmannens interesser har liten innflytelse på den faktiske nedlastning. Det er den som klikker på linken som iverksetter lagringen. Og det er som regel ingen kontakt mellom den som har programmert linken og den som klikker på den for å laste ned filmaterialiet. At det foreligger noen form for psykisk eller fysisk påvirkning er nok heller mindre sannsynlig. For argumentets skyld kunne man kanskje hevde at eksistensen av en link i seg selv kan være en tilskyndelse, eller en form for psykisk påvirkning ved at den som velger å klikke på linken finner en viss aksept for handlingen i det andre før han har lagt alle forhold til rette for at nedlastning skal finne sted. Men en slik påvirkning i et strafferettslig perspektiv må anses som relativt minimal og bør neppe utløse et selvstendig ansvar.

⁴⁹ Høyesteretts dom av 27. januar 2005, Napster.no-saken.

Når det gjelder eksemplarframstilling som for tilgjengeliggjøring, så kan det ikke være slik at en henvisning til en nettside hvor man kan finne tilgjengelig materiale for nedlastning innebærer et medvirkningsansvar for den som linker til slike siders URL-adresse. Etter min mening vil det være å gjøre ansvaret for omfattende og det vil således kunne stilles spørsmålstegn ved om skyldkravet i det hele tatt er oppfylt. I mange tilfeller vil det kunne være slik at selv om man tipser andre om nettsider med et gitt innhold, så medfører ikke det nødvendigvis at den som tipses også vil finne på å laste ned og lagre filer som er tilgjengelig på den eksterne nettsiden. Således vil det være vanskelig å påvise en årsakssammenheng mellom det å linke til en nettside med åndsverk som er gjort tilgjengelig i strid med åvl. § 2 og eventuelt om det finner sted en nedlastning foretatt av den som har funnet siden ved hjelp av linkens retningsangivelse. En nettside vil som regel registrere antall besøk på sine sider i tillegg til å kunne registrere antall nedlastninger. Men etter det jeg kjenner til er det ikke mulig å kunne registrere om den som er henvist til en nettside via en link er den samme som laster ned en fil.

Når man ved hjelp av linker på denne måten lager henvisninger til nettsider hvor det kan finnes ulovlig materialet tilgjengelig for nedlastning, er ikke det noe særlig annerledes enn det vil være for den som i en avis eller ved hjelp av annonser forteller leseren osv hvor vedkommende kan finne ulovlig materiale.

Et eksempel fra rettspraksis hvor en link var å anse som for fjerntliggende i forhold til å kunne bli karakterisert som en tilgjengeliggjøring av åndsverk, er saken Phonofile mot ABC Start siden.⁵⁰ I forhold til eksemplarframstillingsretten har denne saken relevans for det som ble anført av Phonofile om at Start siden også medvirket til ulovlig eksemplarframstilling av musikk i forhold til Phonofile sine ervervede rettigheter. Det ble videre hevdet at Start siden ledet tusenvis av brukere til fildelingsprogrammer hvor brukeren ved hjelp av en enkel installasjon kunne få de samme produkter som Phonofile tilbyr, men gratis. Phonofile som er en nettbasert butikk for salg av norske lydfiler, mente derfor at Start siden gjennom linker til fildelingsprogrammer hadde medvirket på en slik måte at Start siden måtte gjøres erstatningsansvarlig overfor Phonofile's tap som følge av nedlastninger som eventuelt fant sted av norske lydfiler via brukertilknytning til programmet som Kazaa.

Retten legger til grunn for at et erstatningsansvar skal kunne inntre må det foreligge årsakssammenheng mellom den skadesutløsende handling og skaden som senere inntre. Nødvendig årsakssammenheng og erstatningsgrunnlag i alminnelighet må antas å foreligge dersom noen etter en konkret vurdering velger å legge ut linker til et fildelingsprogram som vedkommende forstår eller må forstå for alle praktiske formål bare benyttes til piratkopiering. Men det var ikke tilfellet i denne saken og retten fant heller ikke grunnlag for å legge et slikt faktum til grunn. Videre la retten til grunn at fildelingsprogrammene både generelt og spesielt for lydfilers vedkommende, har lovlige anvendelsesområder som er relevante. Fildelingsprogrammene kommer i så måte ikke i noen vesentlig annen stilling enn for eksempel video opptakere og kopimaskiner. Dette

⁵⁰ Oslo tingrett om av 27. oktober 2003 (Start siden.no).

gjelder selv om man vet at disse maskinene i et stort antall tilfeller vil bli benyttet til piratkopiering. Og krenkelsene skjer derfor atskilt i tid fra bruken av ABC Startsidens linker.

Oppsummeringsvis må det kunne konkluderes med at linker ikke fremstiller eksemplar av permanent karakter. Linker til åndsverk vil derfor ikke kunne anses som en urettmessig eksemplarfremstilling.

3.4 Er bruken av linker å anse som selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2 første ledd?

Dersom linken fungerer på en slik måte at de klart må sies å fremføre verken på en slik måte at de gis vern etter åndsverkloven, er det åpenbart at disse linkene er omfattet av tilgjengeliggjøringsretten. Men som jeg har vært inne på ovenfor, er det mulig å tenke seg linker som har en funksjon hvor de henviser til et åndsverk og skaper en tilgang til åndsverket, men likevel ikke er en fremføring. Om linker utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk er derfor naturlig som et utgangspunkt for en drøftelse om ansvar for linker.

I denne sammenheng er det viktig å ha klart for seg at man i et ansvar for linker bare tenker på den som koder linker slik at linkene kan sies å gi en direkte tilgang til et åndsverk på linje med enhver annen form for tilgjengeliggjøring. Den tilgjengeliggjøring som skjer ved at man laster opp filer i digitale nettverk er uansett omfattet av eneretten til tilgjengeliggjøring. Men hvordan er det egentlig med den som bare lager en link til en slik fil? Er handlingen tilstrekkelig selvstendig til at man kalle det tilgjengeliggjøring på samme måte som den tilgjengeliggjøring opplasteren står for? Og selv om man kan være enige om at det er tilgjengeliggjøring, gjenstår problemet

med å subsumere linkernes funksjon som fremføring, som i visse tilfeller klart kan by på problemer.

Naturlig nok blir mitt neste spørsmål derfor hvorvidt linker sammen med HTML-kodene uansett kan anses som en tilgjengeliggjøring i betydning åvl. § 2 første ledd, uavhengig om man kan bedømme enhver funksjon linker har som ”*fremføring*”. Kanskje er dette å ta en snarvei rettslig sett, men likevel nødvendig siden det kan tenkes at enkelte linker har en funksjon som ikke kan anses som fremføring, uansett hvor vid tolkning man legger til grunn.

Napster-saken gjaldt spørsmål om linker utgjorde en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk etter åvl. § 2, første ledd.⁵¹ Napster tilbød en tjeneste hvor den enkelte bruker av Internett kunne legge inn linker til mp3-filer som var lagret på brukerens egen harddisk eller til filer lagret på andre Internettservere. I tillegg var det mulighet for å laste ned mp3-filer til egen harddisk uten at brukerne betalt rettighetshaverne vederlag for nedlastningen. Linkene ble opprettet ved hjelp av et autoscript, slik at det ikke var Napsters eier selv som faktisk kodet linkene. Mp3-filene var opplastet til Internett uten opphavsmann og rettighetshavers samtykke.

Da dommen var anket til Høyesterett ble hovedanførselsen endret noe til å kun bli et spørsmål om urettmessig selvstendig tilgjengeliggjøring av musikkverk. Med andre ord hadde man gått bort fra påstanden om at linkens funksjon var å anse som være en selvstendig ”*fremføring*” av verkene. Den subsidiære påstand for Høyesterett ble

⁵¹ Høyesteretts dom av 27. januar 2005, Napster.no-saken

redusert til et spørsmål om erstatningsbetingende medvirkning til urettmessig tilgjengeliggjøring av åndsverk etter åvl. § 54, jfr § 2.

På spørsmålet om hvorvidt linker var å anse som en selvstendig tilgjengliggjøring, unngikk Høyesterett å ta stilling til spørsmålet ved å avgjøre saken på det subsidiære grunnlag, hvor også saksøkerne (dvs de ankende parter) ble gitt medhold og saksøkte ble funnet skyldig i medvirkning til urettmessig tilgjengeliggjøring av åndsverk. Men det ble i stedet lagt vekt på at medvirkningen til urettmessige tilgjengeliggjøringen den enkelte opplaster hadde stått for, måtte anses som en ”mer-tilgjengeliggjøring” av åndsverkene, og hvor en slik ”mer-tilgjengeliggjøring” var å anse som utenfor åvl. § 2.

Når det gjelder denne sontringen mellom mer- eller mindre tilgjengelighet av et åndsverk har jeg ikke kommet over en god forklaring på om det finnes et skille som rettslig sett gir en nedre eller en øvre grense for når i så fall tilgjengeliggjøring finner sted. Med en slik gradsangivelse av den nedre eller øvre grense tilgjengeliggjøringens styrke, blir det vanskelig å finne grensene for hva som må være den klare tilgjengeliggjøring i forhold til den som bare er ”mer-tilgjengeliggjøring”. Slik åvl. § 2 lyder er det ingen nedre eller øvre grense for når et verk er gjort tilgjengelig. Det må heller være slik at en får bedømme forholdet som enten tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2, eller det faller utenfor fordi det ikke er tilgjengliggjøring i det hele tatt.

Selv om Høyesterett avgjøre saken på det subsidiære grunnlag finner jeg likevel en del uttalelser i dommen som er verdt å drøfte mer inngående i forhold til spørsmålet om linker er en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk.

For Høyesterett er det ikke avgjørende om brukeren teknisk sett befinner seg på egen PC eller om han er flyttet til en annen nettside som det linkes til. Dette har betydning for spørsmålet om hvorvidt man skal legge vekt på om man står overfor en overflatelink eller en dyplink, eller om man må rettslig sett kunne konstatere at det finner sted en videresending av datasignalene via linkerserveren. Muligens kan det nok se ut til at Høyesterett ikke legger nevneverdig vekt på det at det ikke er linken som setter i gang selve overføringen av det til-linkede verk til brukerens maskin. Man anser det heller som avgjørende på hvilken måtte teknikken virker og hvordan tilgang gis. Til slutt sier Høyesterett klart at det etter deres mening vil være linker som er kodet på en slik måte at de må kunne sies å stå i en særstilling i forhold til tilgjengeliggjøringsbegrepet slik at disse kan betegnes som en selvstendig tilgjengeliggjøring.⁵² Utover det som allerede er gjengitt og drøftet om allmenn tilgjengeliggjøring ved linker, er det for så vidt lite konkret å finne i dommen som kan gi en klar indikasjon på hvilke kodede linker man tenker seg er å anse som en tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2. Men uttalelsen er for knapp til at det er mulig å forstå hva Høyesterett har tenkt – og da særlig hvilke linker som ikke er kodet slik at de står i en særstilling i forhold til åvl. § 2.

Høyesterett avgrenser klart mot den handling det vil være å bare gjøre en nettsides adresse kjent ved at man skriver ned URL-adressen uten å samtidig generere en HTML-

⁵² S. 7 i dommen.

link. Jeg er av den oppfatning at en slik avgrensning må være åpenbar. Når man skriver ned URL-adresser på denne måten uten å generere linker, må en slik adresse kunne sammenlignes med det å oppgi en referanse eller en henvisning til et åndsverk på linje med et nummer og en hylleplassering på et kartotekkort.⁵³

Det synes likevel som om Høyesterett legger en del vekt på dette særegne ved linker at man kan skrive ned en URL for å gjøre det mulig for en bruker å kopiere URL'en til adressefeltet, hvoretter brukeren selv kan lage en aktiv link ved å klikke på teksten i URL-feltet. Men det må da være, i forhold til den som lager linken og den som kun oppgir en URL-adresse, i praksis er det likevel en stor forskjell når det gjelder den handlingen som foretas. Ved den ene første måten gis ingen direkte tilgang til verket, kun en henvisning. Brukeren må selv lage bindeleddet mellom henvisningen og åndsverket. Når man, som i det andre tilfellet, genererer en link som gir direkte tilgang til verket, blir man handlingens subjekt og derved ”den som” gjør verket tilgjengelig direkte ved å opprette linkene. Selv om avstand mellom en direkte tilgang gjennom en link og det å kopiere en tekst inn i URL-feltet er liten i praksis, er det likevel en vesentlig forskjell i hvem som gjør hva og hvordan tilgang gis.

Den første handlingen – det å oppgi en filplassering uten at man i tillegg har kodet en link – anser jeg som en ren klar henvisningshandling. Åndsverksloven beskytter ikke en slik henvisning fordi en henvisning på denne måten ikke gir direkte tilgang til selve åndsverket. Det er derved ingen opphavrettslig relevant handling, siden åndsverksloven kun beskytter selve åndsverket, og ikke det å oppgi en henvisning til åndsverket. Det å

⁵³ S 7 i dommen.

lage en link som gir direkte tilgang til selve åndsverket er en handling som igjen kan beskrives som en direkte tilgjengeliggjøring innenfor åvl. § 2 første ledd og blir derved en opphavsrettslig relevant handling. I praksis vil linker være den eneste måten man gir tilgang til åndsverk gjennom HTML-dokumenter. Det vil være vanskelig å tenke seg en alternativ tilgang, slik at det alt i alt vil være linken som avgjøre om man i det hele tatt får tilgang. Forholdet til FTP-servere i denne sammenheng må anses som liten og minimal. Men det er likevel at man via slike servere kan få en alternativ tilgang. Dog er det for de fleste brukere av Internett relativt upraktisk.

I forhold til det Høyesterett sier vedrørende forskjellen i å programmere en link og det å kun angi en gitt filplassering ved å gi opplysninger om en webadresse, tror jeg det til dels kan sammenlignes med graden av umiddelbar tilgang den ene eller den andre handling gir. Det å skrive `http://www.vg.no` i et HTML dokument vil ikke ha noen virkning så lenge man utelater HTML-koden som lager linken, det vil si `<HREF>`. Og det er her det sentrale i forhold til nettsidens oppbygning blir når man skal ta stilling til om det foreligger en tilgjengeliggjøring eller ikke. Ved å sette inn koden for HTML-linker, skaper man samtidig en direkte tilgang til verket. Dersom man bare skriver inn `www.vg.no` gir man en anvisning til selve filplassering, uten å kode linken, skapes heller ingen direkte tilgang til nettsiden.

Linken skaper på denne måten en direkte tilgang til opplevelse av verket, på samme måte som man ved å trykke på "på" knappen på en radio, en TV eller en CD-spiller kan oppleve verket som fremføres påfølgende. Det finnes derfor en direkte tilgang som gjennom linken alltid generer direkte tilgang til verket. Jeg mener at publisering av linker må anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring så lenge dette er den mest praktiske og brukte måte det gis tilgang til åndsverk gjennom HTML-dokumenter på Internett. Å tenke seg bort linken vil teoretisk kunne gi tilgang til verkene dersom man kjenner til FTP-servere og filplasseringer på en FTP-server. Men de fleste brukere av

Internett er ikke kjent med FTP-servere og vil derfor ikke benytte seg av denne muligheten. Uansett HTML-linker være den store hovedregel når man koder internettsider og gjennom sine koder gir direkte og umiddelbar tilgang et åndsverk.

Det er ikke nødvendig at tilgangen til verket skjer samtidig med tilgjengeliggjøring av det. Men avstanden kan ikke bli for stor før tilgjengeliggjøringen er utenfor det opphavsrettslige vern. Så en viss nærhet må det kunne kreves for at den tilgang som skapes er å anse som tilgjengeliggjøring i opphavsrettslig forstand.

For å kunne stille et åndsverk til rådighet for allmennheten er det ikke et krav om fysisk besittelse eller fysisk rådighet over verket. Også videresending eller overføring av åndsverk omfattes. Både Mornington-dommen og Bedriftsmusikk-dommen legger dette til grunn dette for sine avgjørelser.^{54 55} Også Høyesterettsdommen i Napster-saken gir en viss støtte at det ikke er et vilkår at en videresending av verket finner sted, men at det er nok å kunne konstatere en overføring av verket for at opphavsrettslig tilgjengeliggjøring er aktuelt. Jeg tenker da på den henvisning hvor det legges vekt på at man anser det som ubetydelig om brukeren befinner seg på linkepubliserers maskin eller filservermaskinen. Det understrekes at det avgjørende må være hvordan teknikken virker og hvordan tilgang gis.⁵⁶

Det kan heller ikke kreves at den som tilgjengeliggjør et åndsverk skal ha verket i sin besittelse, slik tilfellet sjeldent vil være for åndsverk man linker til ved eksterne linker.

⁵⁴ Mornington, NIR 1980, s 258 flg.

⁵⁵ Rt. 1953 s. 536.

⁵⁶ Napster-dommen s. 7.

I Smartkort-dommen var domfelte dømt for å ha markedsført og solgt ca 120 såkalte ”piratsmartkort” som gjorde det mulig for kjøperne å ta inn TV-sendringer fra FilmNet og TV1000.⁵⁷ Begge disse kanalene er betalingskanaler hvor seerne tegner abonnement mot betaling av en månedlig abonnementsavgift. Spørsmålet var om domfelte, ved å selge dekodingsutstyr som gjorde det mulig for kjøperne å ta inn filmene på sine fjernsynsskjermer, hadde gjort filmene tilgjengelige for allmennheten etter åvl. § 2. Etter Høyesteretts mening tilsa sterke reelle grunner for at salg av kortene burde vært ansett som en tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2, men kom likevel frem til at det var anstrengt å si at domfelte ved salget av kortene – som forøvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene – skulle ha fremført filmene selv.

I Jukeboks-dommen ble en kaféeier dømt til å betale TONO fremføringsvederlag for den fremføring som hadde funnet sted gjennom kafeens jukeboks.⁵⁸ Det at kafeeieren stiller en jukeboks tilgjengelig i et lokale med mulighet for å spille musikk var en tilgjengeliggjøring av verkene for fremføring og derfor vederlagspliktig.

Når man klikker på en alminnelig overflatelink vil man automatisk få tilgang til en annen nettside. Hvorvidt denne nettsiden har vern som åndsverk vil bero på en konkret

⁵⁷ Rt. 1995 s. 35. 37-årig, tidligere straffet mann ble frifunnet for tiltale etter straffeloven §145 for å ha solgt ca 120 « pirat-smartkort » som gjorde det mulig å ta inn kodede TV-sendringer fra to betalingskanaler uten å betale. Domfellelse for overtredelse av åndsverkloven §54, første ledd, bokstav a, jfr. annet og tredje ledd, ble opphevet. Det virket anstrengt å hevde at tiltalte ved salget av smartkortene selv hadde fremført filmsendingene.

⁵⁸ Rt. 1964 s. 782. Tiltalte som drev ervervsvirksomhet med jukebokser (grammofonautomater) ble i byretten dømt etter lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 §54 a jfr. §2, til en bot på 1200 kroner for i tiden 1. juli 1961-januar 1962 uberettiget å « ha fremført eller latt fremføre » musikkverk.

vurdering av nettsidens oppbygning og innhold, enten om den er et åndsverk. Eventuelt faller nettsiden helt utenfor vernet i åndsverkloven. At det ikke er den som kodet linken som har gjort materialet tilgjengelig i utgangspunktet er ikke avgjørende. Og selv om det heller ikke fysisk skjer en videresending av materialet, kan det like vel være naturlig å sammenligne linkens funksjon i dette tilfellet som en overføring av selve åndsverket. For brukeren vil det ikke være noen reell forskjell i opplevelsen mellom det å klikke på en link og så få tilgang til verket, eller det at verket videresendes via linkens servermaskin. At det teknisk sett ikke foretas en videresending bør ikke ha avgjørende betydning for hvorvidt linkene kan sies å "overføre" materialet man har linket, jfr. Opphavsrettsdirektivet art 3.1.

Høyesterett gjør det helt klart at de anser det slik at noen linker vil være kodet på en slik måte at de må anses for å stå i en særstilling i forhold til åndsverkloven, da at man anser linkene å være en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2. Jeg er enig med Høyesterett i dette. Men jeg er ikke helt enig at slike linker er et unntak når det gjelder HTML-linkers funksjon. For de fleste linker vil det jo nettopp være slik at det gis en direkte tilgang til og mulighet for opplevelse av åndsverket. Når denne tilgangen fra internettsider, som hovedregel bare skapes gjennom opprettelsen av linker bør det tilsi at enhver link på denne måte også er tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2.

Den tyske Paperboy-dommen av 17. juli 2003 (BGH, tyske Høyesterett) var et spørsmål om en søke- og nyhetstjeneste som genererte dyplinker til andre nettsider, herunder avisers nettartikler. Også her ble påstått krenkelse av opphavsrett, databasevernet og den tyske regel om illojal konkurranse. Når det gjelder spørsmålet om en hypertekstlink utgjør en krenkelse av offentlig tilrådighetsstillelse og gjengivelse av åndsverk, etter UrhG § 15 sier retten at dette ikke er å anse for noe annet enn en henvisning til verket på en måte som gjør brukerens tilgang til verket enklere. Man verken offentliggjør verket eller overfører verket på brukerens forespørsel. Retten var av den oppfatning at

en link er en ikke-opphavsrettslig relevant handling. Retten la videre til grunn at opphavsrettsdirektivet ikke ville endre denne rettstilstanden idet den enerett til overføring av verket til allmennheten (*''communication to the public''*) ikke omfatter utlegging av linker. Videre kom man frem til at databasevernet ikke var krenket fordi linker ikke omfattes av regelen om databasevern. Det forelå heller ikke illojal konkurranse og det ble blant annet lagt vekt på at rettighetshavene selv hadde gjort verkene tilgjengelige og at uten hypertextlinker og dyplinker ville en hensiktsmessig utnyttelse av informasjonsinnholdet på Internett bli vanskelig.

Dommen er kritisert av Ole-Andreas Rognstad i Lov & Data 2004 nr 77. Blant annet antydes det at tyske Høyesteretts standpunkt om at hyperlinker ikke er omfattet av opphavsrettsdirektivets art. 3 (1), fremstår kun som et postulat og at en endelig avklaring ved dette spørsmålet først kan fås ved EF-domstolens eventuelle stillingtagen til det. Denne kritikken kan jeg slutte meg til da det i opphavsrettsdirektivet ikke konkret tas stilling til hvorvidt linker omfattes eller ikke, i form av eksplisitte ordelag. Hvorvidt linker er omfattet vil etter min mening bero på en tolkning av bestemmelsens omfang. At dette omfanget kan tenkes videre enn det tyske Høyesterett legger til grunn er ikke utenkelig.

Til slutt er det verdt å nevne at Knut Martin Tande I sin doktorgradsavhandling konkluderer med at linker utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2.⁵⁹ Tande legger til grunn at lovteksten alene, det å gjøre tilgjengelig for allmennheten, vil

⁵⁹ Tande, Knut Martin, Lenker til andres material på www som selvstendig krenkelser av åvl. § 2, åvl. 43 eller mfl. § 1, doktorgradsavhandling, UiB 2005.

være naturlig å kalle all tilgang som gis til verket uansett hvordan tilgangen bestemt arrangeres.⁶⁰ Videre sier Tande at

”[n]år en rettighetshaver lagrer materiale på en WWW-server, og muliggjør overføring av materialet til almenheten gjennom interne lenker, fremstår det nettopp en slik handling som gjør materialet på WWW-serveren tilgjengelig for almenheten, slik at lovtekstens kriterium for tilgjengeliggjøring er oppfylt. Dersom det etableres en ekstern lenke til det samme materialet, skapes det en alternativ tilgang til materialet som det også er naturlig å betegne som en tilgjengeliggjøring.”⁶¹

Jeg er også av den oppfatning at linker må anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk så lenge det er linkene som skaper det nødvendige bindeleddet som medfører at verkene gis en direkte tilgang. Det finnes alternative måter, men disse er upraktiske og lite brukt, slik at den store hovedregel må være at linker også skaper den tilgjengeligheten til åndsverket som omfattes av åvl. § 2.

3.5 Er linker å anse som fremføring etter åvl. § 2, tredje ledd?

Enkelte linker har en funksjon som må anse å være omfattet av fremføringsretten fordi linkene klart fremfører det verk det er linket til. Særlig gjelder dette linker hvor opplevelsen skjer direkte gjennom dataskjermen. Ser man et bilde på en skjerm er dette en fremføring. Spiller datamaskinen en sang er det en fremføring. Fremføringene i begge disse eksemplene kan realiseres ved en link. At en datamaskin eller dataskjerm

⁶⁰ Tande, s. 82.

⁶¹ Tande, s. 82.

skal stå i en særstilling i forhold til opphavsretten, når det er det samme som skjer som om man skulle ha lyttet til sitt eget stereoanlegg eller sett på egen TV, finnes det ikke grunnlag for å hevde.

Det finnes linker som fungerer slik at en fremføring av musikk eller en film startes umiddelbart ved at man klikker på selve linken. Online streaming av musikk gjennom linker vil for eksempel kunne ha denne funksjonen.⁶² Vi har i dag en rekke on-line radio- og TV-stasjoner som sender via streaminglinker. At tilgangen skapes via Internett har ingen reell betydning i forhold til fremføring via analoge signaler eller digitale signaler på Internett.⁶³ Sendingen vil være den samme som kringkastingselskapene sender i de alminnelige signalmottakere. I dette tilfellet vil det kun være mediet som er forskjellig for akkurat samme fremføring. Og siden åvl. er teknologinøytral, spiller det ingen rolle hva slags medium som benyttes, så lenge det er en fremføring som finner sted.

Tilsvarende vil jeg hevde er tilfelle med linker som viser et bilde- eller grafikk-filer direkte i nettsiden brukeren befinner seg på ved bruk av innvevde linker. Det må være ganske klart at det er den som programmerer linken i dette tilfellet som også har satt i gang selve fremføringen av verkene. Når innvevde linker gir en direkte og umiddelbar opplevelse av åndsverket uten at man som bruker må foreta seg noe i form av ytterligere

⁶² Streaming kan forklares med den teknikk hvor lyd og bilde overføres direkte via Internett hvoretter brukeren slipper å laste ned hele filen før den avspilles siden filen avspilles etterhvert som datastrømmen lastes ned til brukerens harddisk. Streaming vil som regel innebære at man ikke lagrer filen i sin helhet på datamaskinen, men kun biter av den slik at streamingfiler ikke kan foreta en selvstendig avspilling ol dersom man ikke er logget på Internett.

⁶³ Nå skal det bemerkes at også radio og TV blir mer og mer er digitalisert også for de signaler som mottas via et radio- eller TV-apparat.

klikk eller nedlastning, er det etter min mening den som koder selve den innvevede link som også har lagt til rette for iverksettelsen av selve fremføringen når en bruker går innom hans eller hennes nettside.

Hvorvidt linker som innehar de egenskaper jeg har skissert ovenfor, klart faller innenfor fremføringsbegrepet, er ikke behandlet verket i rettspraksis eller i forarbeidene til åndsverkloven, heller ikke i de forslag til endringer som foreslås i Ot. prp. nr. 46. Men jeg er likevel ganske sikker på at dette må være ansett som fremføring av verkene fordi det i realiteten skjer akkurat det samme som skjer når man via en dataskjerm viser frem bilder eller at man via et avspiller-program spiller av musikk. Det finnes ingen ekstra ledd eller handlinger som må foretas før fremføringen finner sted. Radiolyd eller en TV-skjerm på Internett innehar ingen forskjeller i opplevelsen av selve verket som tilsier at de skal være utelukket som innretninger til fremføring av åndsverk.

Når det gjelder linker som fremføring av åndsverk etter åvl. § 2, tredje ledd, vil rettspraksis fra andre nordiske land om dette temaet være relevante. Både dommer fra Sverige⁶⁴ og Danmark⁶⁵ legger til grunn at dyplinker til mp3-filer må kunne anses som fremføring av åndsverkene. Saksforholdet i begge sakene er ganske like. I begge tilfellene var det unge gutter som fra sine egne hjemmesider hadde lagt dyplinker til mp3-filer lagret på eksterne servermaskiner. Ingen av guttene hadde selv lastet opp eller lagret filer på egne servere. I begge tilfellene kom domstolene frem til at denne form for dyplinker måtte anses som en selvstendig fremføring av musikken, selv om linken i seg selv var uten betydning for avspilling av musikken. Linkene fungerte slik at den som

⁶⁴ NJA 2000:292.

⁶⁵ Vestre lands ret avgjørelse av 21. april 2003. [xx]

klikket på linken ville automatisk kunne laste ned en mp3-fil og lagre denne på egen harddisk. Avspilling finner først sted etter at man har åpnet avspillerprogrammet. Linken i så måte henviser til selve filen, mens det er brukeren selv som setter i gang avspillingen av musikken.

Begrunnelsen domstolene brukte for sitt resultat er noe forskjellig fra den svenske og den danske. I den svenske dommen ble tiltalte frifunnet fordi de saksøkende parter, som var plateselskaper og artister, ikke har en enerett til fremføring av musikk som allerede var utgitt. Men det er likevel å merke seg at det i dommen, legges til grunn av svensk Høyesterett, at forholdet mellom det generelle tilgjengeliggjøringsbegrepet og de tre kategorier av tilgjengeliggjøring er at linker må anses som en fremføring og ikke en visning eller en spredning av verket. Høyesterett henviser videre til svenske forarbeidsuttalelser om at enhver fremstilling av åndsverk som ikke innebærer en viss fiksering i et eksemplar, og som dermed ikke kan regnes som spredning eller visning, må anses som fremføring. Domstolen anser dermed at de opphavsrettslige kategorier av tilgjengeliggjøring også omfatter linker der hvor det er foretatt en fremstilling av vernet materiale.

Den danske dommen derimot støtter seg i sin begrunnelse på at disse linkenes funksjon måtte likestilles med fremføring, og avgjorde dermed spørsmålet etter en analogisk tolkning av fremføringsbegrepet. Den danske avgjørelsen ble aldri prøvet av overordnet domstol og må derfor anses for å ha en noe begrenset rettskildeværdi. Tilsvarende sak har ikke kommet opp på nytt så vidt jeg kjenner til, verken i Sverige eller Danmark.

Begge avgjørelsene er mye kritiserte og er etter min mening ikke avklarende verken i forhold til linker eller linker som en selvstendig fremføring av åndsverk.⁶⁶ Noe av min innvending mot avgjørelsene er at jeg mener de er for knappe til at man kan klart utlede noen klar forståelse av hva som er det grunnleggende ved en link som medfører en slik tolkning. Siden den svenske dommen var en frifinnende dom og uttalelsen om dyplinker i seg selv var et *obiter dicta*, er dommen av begrenset vekt i forhold til hva som er rettstilstanden i Sverige i dag. Den danske dommen kan kritiseres fordi man anvender fremføringsbegrepet i analogi med linker, slik at man utvider selve fremføringsbegrepet til å omfatte en form for tilgjengeliggjøring som i utgangspunktet ikke omfattes av det. Professor Mads Bryde Andersen er kritisk til en slik analogisk tolkning da han er av den oppfatning at analogi på opphavsrettens område er meget uvanlig.⁶⁷ Lagmannsretten i den norske Napster-saken kom også frem til at dersom dyplinker er å anse som fremføring av musikk, måtte det innebære at man utvidet begrepet etter en analogisk tolkning som man mente det ikke var adgang til.⁶⁸

Et annet problem som kan melde seg dersom man velger å anvende en analogisk tolkning for hvorvidt linker anses som en fremføring eller ikke, blir spørsmålet om forholdet mellom erstatningsansvar og straffansvar. Åvl. §§ 54 og 55 viser igjen til åvl. § 2 som den urettmessige handling. § 55 hjemler erstatningsansvar og § 54 hjemler straffeansvar. Men § 55 henviser til § 54 hva gjelder erstatningsansvarets omfang. Man har således et positivt angitt ansvarsgrunnlag for erstatningsretten som i seg selv er det samme som for det strafferettslige gjerningsinnhold. På strafferettens område vil det

⁶⁶ Dommen er kommentert av førstvoterende I Napster-saken, Rt. 2005 s. 41.

⁶⁷ Mads Byde Andersen, IT-ret, s. 493.

⁶⁸ Henvisning [xx].

ikke være adgang til analogisk tolkning slik at i disse tilfeller vil en måtte frifinnes fordi lovskravet ikke er oppfylt. Og selv om det er et større adgang til analogisk tolkning i erstatningsretten, er det like vel retts teknisk betenkelig at akkurat samme lovbestemmelse gis forskjellig mening ettersom man står overfor et spørsmål om erstatning eller straff. En slik konstruksjon vil etter min mening kunne skape en ganske usikker retts tilstand.

En annen dom fra dansk rett hvor det legges til grunn at man har lagt til grunn at dyplinker har visse likheter med det å fremføre verket, er i Newsbooster-saken hvor spørsmålet var hvorvidt en søketjeneste som inneholdt en stor samling ”dyplinker” til nyhetsartikler i en rekke danske aviser og om dette var en krenkelse av dansk opphavsretts lov.⁶⁹ Sør- og Handelsretten av den 19. februar 2003 avsa uteblivelsesdom hvor det ble nedlagt forbud mot denne nyhetstjenesten som dermed stadfestet København byretts kjennelse av juli 2002.⁷⁰ Kjennelsen er begrunnet med at Newsbooster gjennom sin søketjeneste gjorde inngrep i avisenes databasevern etter dansk opphavsrettslov § 71 (tilsvarende norsk åndsverkslov § 43). Man la til grunn at Newsbooster ved sin søketjeneste som gjennom de genererte dyplinker foretok en systematisk og gjentatt eksemplar fremstilling og tilgjengeliggjøring av avisenes overskrifter og artikler. Byretten fant også at nyhetstjenesten var i strid med god forretningsskikk og at det dermed forelå overtredelse av den danske markedsføringsloven. Begrunnelsen for dette var blant annet at Newsboosters tjenester sto i et konkurranseforhold til de aviser det ble linket til, og at tjenesten var egnet til å

⁶⁹ Lov og Data 74/2002 nr 26.

⁷⁰ Ufr 2003 s. 1064.

forringe avisenes annonseverdi, ettersom man på grunn av dyplinknene ikke behøvde å gå innom førstesidene for å få åpnet de aktuelle artiklene.

At enkelte linker er kodet på en slik måte at de må anses for å fremføre åndsverk i medhold av åvl. § 2, tredje ledd, mener jeg må være ganske klart i forhold til det som skjer når man ved bruk av for eksempel innnevde linker eller linker som streamer datamaterialet.

3.5.1 Vil en lovendring av fremføringsbegrepet innbære et klarere utgangspunkt om linker som fremføring etter åvl. § 2, tredje ledd.

I innføres en ny rådghetsbestemmelse over åndsverket som omfatter det at

”[m]edlemsstatene skal fastsette enerett til å tillate eller forby tilgjengeliggjøring for allmennheten, over tråd eller trådløst, på en slik måte at allmennheten kan få tilgang til verkene fra et selvvalgt sted og på et selvvalgt tidspunkt: for utøvende kunstnere, av opptak av deres framføringer, for fonogramprodusenter, av deres fonogrammer, for produsenter av de første opptak av filmer, med hensyn til originalopptaket og kopier av deres filmer, for kringkastingsselskaper, av opptak av deres programmer, enten de sendes over tråd eller trådløst, herunder via kabel eller satellitt.”⁷¹

I det norske endringsforslaget i Ot. prp. nr 46 er dette tenkt innført som et nytt § 2, tredje ledd hvor man med offentlig fremføring også ”regne[r].... kringkasting eller

*annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”*⁷²

Bestemmelsen er en direkte innarbeidelse av Opphavsrettdirektivet artikkel 3. Praktisk viktig her er henvisningen til at den enkelte kan selv velge tid og sted for tilgang til verket.

Selv om man innfører en helt ny kategori for ”fremføring” er det rettslige innholdet av det nye leddet ikke avklart ytterligere. For den som leser proposisjonen kan det derfor være vanskelig å vite hva omfanget av denne retten vil medføre. Men førende kriteriet vil uansett være at den enkelte bruker av Internett selv kan velge tid og sted for når fremføring av verkene skal finne sted, og at fremføring derved også inkluderer det å skape en tilgang til åndsverket som gir brukeren en slik mulighet. Altså kan det etter denne bestemmelsen kunne anføres at linker, siden de gir tilgang til åndsverket og derved innebærer en rådighet over verket, i seg selv vil være en selvstendig fremføring. Det er opp til brukeren selv å velge når han ønsker å oppleve verket. Sånn sett blir selve fremføringsbegrepet utvidet til også å gjelde de situasjoner hvor fremføringen finner sted i fremtiden, uten hjelp fra linken som i utgangspunktet skapte tilgangen til verket. Det er tilstrekkelig at man har gitt tilgang til verket. Om linken skulle være ineffektiv må det være åpenbart at tilgang ikke er gitt.

Slik jeg leser det nye lovforslaget om ny § 2, tredje ledd, vil det være mulig å kalle alle linker som en fremføring av et hvert åndsverk siden det er nok til at fremføringsretten inntreffer, at man gir en tilgang til verket, og at brukeren selv velger når han vil

⁷¹ <http://odin.dep.no/europaportalen/norsk/eos/p30005497/032001-030165/ved002-bn!30005497.html>

⁷² KKD –Høringsutkastet 21. april 2003.

4 Normal utnyttelse og implisitt samtykke som begrensning av opphavsretten

Når det først kan hevdes at linker er en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk etter åvl. § 2, vil dette innebære at enhver direkte link til åndsverk, utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring av verket som i seg selv krever samtykke fra opphavsmannen. Man kan derfor hevde at i utgangspunktet kan opphavsmannen å nekte enhver form for linking til hans verk på Internett.

Ole-Andreas Rognstad skriver i Festskrift til Mogens Kockvedgaard på side 472 at

”[d]et er ingen mening i å kreve opphavsmannens positive samtykke til dette i sin alminnelighet. Problemet kan løses på tilsvarende måte som ”konsumpsjonsproblemet”, gjennom en opphavsrettslig utfyllingsregel: Et samtykke til bruk av verket anses for å dekke den normale og lojale linking til sidene. Også her blir det et spørsmål om den nærmere avgrensning av utfyllingsregelen.”⁷³

Jeg er for så vidt enig med Rognstad i at den som velger å publisere sin verk ved å legge det ut på Internett, må anses som for å ha samtykket til en normal utnyttelse av verket. Jeg har likevel noen betenkeligheter med samtykkeløsningen da den, etter min mening, kan medføre en del vanskelige grensedragninger som også kan medføre en ubalanse mellom opphavsmannens legitime interesser og samtykkets antatte omfang. Men, samtidig er det ganske inneforstått i opphavsretten at den normale utnyttelsen

⁷³ Rognstad, Konsumpsjon og digitale overføringer – Et forslag til en alternativ løsningsmodell, Festskrift til Mogens Kockvedgaard, Jurist- og Økonomforbundetsforlag, København 2003, s. 472.

følger av et implisitt samtykke som ikke opphavsmannen trenger å gi sin tilskyndelse til eller på annen måte klart signerer en avtale for.

Et annet problem vil være spørsmålet om linker til materialet som er tilgjengeliggjort uten samtykke fra opphavsmannen i utgangspunktet. I slike tilfeller vil det uansett være umulig å innfortolke et samtykke da opphavsmannen selv har blitt fratatt enhver mulighet til å verne sitt verk og heller ikke kan sies å publisere verket på Internett av egen vilje. Vil da enhver link som er lagt til dette materialet utgjøre et brudd på opphavsretten uten videre?

Problemet med en løsning basert på et implisitt samtykke er at et slikt samtykke kan medføre en del uheldige konsekvenser for opphavsmannens rettigheter – særlig ved tolkning av omfanget av hva samtykket må omfatte. Opphavsretten har som utgangspunkt at avtaler om overføring av opphavsrett, enten delvis eller hel, krever en eksplisitt avtale som positivt angir hvilke beføyelser som overdras eller hvilke rettigheter erverver får. Dette kan for eksempel delvis utledes av åvl. § 39.

Det vil ikke være så enkelt i praksis å trekke et klart skille mellom det som opphavsmannen har samtykket til og det han ikke har samtykket til, når det ikke foreligger noen eksplisitt avtale som angir nærmere opphavsmannens ønsker. Hvis man krever et slikt samtykke, vil det også være mulig for opphavsmannen å kreve et samtykke til en brukeravtale for hans nettside, slik at opphavsmannen ensidig kan bestemme graden og omfang av utnyttelse. Konsekvensen av dette vil igjen kunne bli uheldig i forhold til informasjonstilgangen Internett er ment å skulle gi.

Mads Bryde Andersen sier i sin artikkel om linking og robottering på Internett at en ”*disclaimer*” som forbyr linking eller formidling av opplysninger ikke kan tillegges betydning fordi en slik ensidig meddelelse er ikke i seg selv avtaleforpliktende.⁷⁴

Hvis man først forutsetter en mulighet til normal utnyttelse som etter sin natur må innskrenke opphavsmannens eneretter noe, så har man allerede tatt det utgangspunkt at den normale utnyttelse heller ikke krever en egen aksept fordi aksepten allerede må sies å foreligge ved publiseringen av verket. Men dette samtykket må aldri gå utover det som anses som den normale utnyttelsen, slik at den normale utnyttelsen derved blir grensen for hvor langt samtykket går i henhold til opphavsmannens interesser.

Innholdet av en ”*normal utnyttelse*” av et åndsverk beror i stor grad på en konkret vurdering av åndsverkets art og graden av utnyttelse man har en berettiget forventning til. Når man kjøper en CD ligger det innenfor den normale utnyttelse at man spiller CD’en på en CD-spiller, at man kan kopiere den til eget bruk, at man kan selge den videre og at man kan kaste den hvis man ønsker det. Den normale bruken er ikke direkte lovregulert. En del følger forutsetningsvis av andre bestemmelser i åndsverkloven, dvs de rettigheter som begrenser opphavsretten, men mest følger normal bruk av det som må følge som en rimelig forventet utnyttelse av verket uten at dette er lovregulert.

Dette er muligens et lite praktisk problem da man må anta at mye av den bruken som skjer på Internett er innenfor det opphavsmannen vil samtykke til, også ved en

⁷⁴ Andersen, Mads Bryde, Linking og robottering på Internett, Ufr 2000 s. 319.

forhåndsformulert brukeravtale. I andre tilfeller hvor det har vært gjort forsøk på å kreve en brukeravtale forut for linking til eksterne nettsider, kan dominerende aktører bruke sin posisjon som et forsøk på sensur og kontroll av det andre gjør i forhold til linker til deres hjemmesider. På denne måten kan de forsøke å styre brukeren vekk fra eventuell negativ omtale om seg selv ved å true med søksmål dersom den som har laget linken ikke fjerner linken. Eksempel på dette har vi fra Britiske KPMG hvor konsulentfirmaet krevde at en privat aktør ikke kunne legge linker til KPMGs hjemmesider fordi vedkommende manglet en skriftlig avtale med KPMG som tillot en slik linking.⁷⁵ KPMG forutsatte med andre ord at det måtte foreligge en formell forhåndsavtalt avtale mellom partene for at andre skulle kunne legge lenker til KPMG's hjemmesider. Den som hadde programmert linken til KPMG's hjemmesider hadde gjort dette med ønske om å rette et kritisk søkelys på bedriftens forretningsmoral, og hadde gjort dette klart på sine egne hjemmesider. Å blir fremstilt på en slik måte var ikke KPMG interessert i og forsøker derfor å nekte denne privatpersonen å linke til hjemmesidene deres.

Når en velger å publisere åndsverk med Internett som publiseringsmedium, må en forutsette at det også lages alminnelige overflatelinker til ens egen hjemmeside. Å forutsette noe annet vil i alle fall være meget unormalt i forhold til Internetts natur og oppbygning. Internett uten linker kan knapt kalles Internett. Alternativt måtte den som publiserer verket på Internett ha lagret det på en FTP-server uten å skape et HTML-dokument med en URL-adresse. Men hvem åpner en butikk uten synlige dører? Dersom man ikke aksepterer bruk av overflatelinker bør man velge et annet medium eller lage

⁷⁵ <http://blogdex.net/track.asp?url=http://www.kpmg.com/>

en webside som kun inneholder referanser til selve åndsverket, men uten at verket gjøres tilgjengelig på Internett.

Normalt må en kunne forutsette at linker i seg selv bidrar til en økt interesse for den hjemmesiden det linkes til, noe som må anses som å være i den enkeltes interesse i det man må kunne forutsette at oppmerksomhet er noe man ønsker når man bruker Internett som publiseringsmedium. Det vil være vanskelig å hevde at man gjennom denne form for linker lider et økonomisk tap så lenge økt interesse for ens nettsider gjerne øker inntektsmulighetene.

Men det er også den enkelte publiserer av nettsider som bestemmer i hvilken grad det gjennom søkemotorer skal gis omfattende treff på sidene deres. Dersom man legger inn mange søkeord vil det si seg selv at også antall treff øker. For den aktør som i den ene vendingen anstrenger seg for at så mange som mulig skal besøke deres nettsider, for deretter å hevde at den økte oppmerksomheten innebærer en krenkelse av deres interesser, vil fremstå som et ulogisk krav sett i sammenheng med deres egne handlinger.

Når det gjelder rekkevidden av ”*normal bruk*” ser jeg ingen grunn til at Internett skal gi større frihet til utnyttelse av åndsverk enn det som ville vært vanlig dersom man ikke brukte Internett som publiseringsmedium, med unntak av det som må følge av Internetts særegenhet som publiseringsmedium. Når det gjelder de ulike åndsverk har man gjerne innarbeidede bransjeordninger for omfang og utnyttelsesgrad det enkelte åndsverk har. Disse bør derfor ligge som en grunnnorm også for den utnyttelse som må anses normal ved publisering på Internett.

Finn.no mot Notar saken kan synes å bygge på en begrunnelse om at det både må anses som en normal bruk at man kan publisere linker til andre nettsider, som at det også må være en aksept Finn har gitt ved at man har valgt Internett som publiseringsmedium og jeg siterer følgende⁷⁶:

*”Retten ønsker også å påpeke at all den tid Finn har valgt å publisere sin database på Internett har det allerede skjedd en lovlig tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det må dermed også presumeres at Finn for sin database har akseptert normal bruk⁷⁷ av Internett som medium. Bruk av hyperlenker er en av de mest grunnleggende og mest benyttede funksjoner ved Internett, og er i stor grad forklaringen på hvorfor Internett i dag betraktes som kanskje det mest effektive og betydningsfulle medium for informasjonsutveksling. Notars overflatepeker refererer her til den lovlige publiseringen slik Finn har valgt å offentliggjøre den, og gjør således Finns database mer tilgjengelig for allmennheten.”*⁷⁸

I amerikansk rett er det for eksempel lagt opp til at en vanlig bruk av overflatelinker faller inn under såkalte ”fair-use” unntaket⁷⁹ i stedet for at man skal begrunne det med det såkalte implisitte samtykke.

Hensyn som kan begrunne en begrensning i andres muligheter til å linke til eksterne nettsider kan være økonomiske som ideelle. Når det gjelder økonomiske interesser som kan tenkes krenket ved bruk av overflatelinker finnes det etter det jeg kjenner til ingen

⁷⁶ RG-2004-513.

⁷⁷ Min understreking.

⁷⁸ S. 522 i dommen.

eksempler fra rettspraksis, hvor slike linker påfører opphavsmannen et økonomisk tap. For dyplinker og rammelinker vil det derimot kunne stille seg annerledes.

For det første har det vært forsøkt hevdet at en omgåelse av førstesidebesøk ved å kode en dyplink til å vise til underforliggende nettsider krenker opphavsmannens økonomiske interesser. En rekke nettsider velger å ha reklamebannere vist kun på den første siden man åpner når man klikker på linken til nettsidens URL-adresse. Når det økonomiske hensyn ble anført som en begrunnelse for et forsøk på å hindre Notar.no å linke til Finn.no's eiendomssider, ble det blant annet ble det sagt at man gjennom en overflatelink som i dette tilfellet, ikke påførte Finn et økonomisk tap fordi man kunne omgå Finn.nos førsteside og som gjorde at man ikke kunne registrere antall treff på sidene. Retten var enig i Notar med at det er startsidene for eiendomsbasen som her er den relevante, all den tid det er på denne siden man møter de annonsører som er i den aktuelle målgruppen og som således genererer Finn Eiendom AS's reklameinntekter⁸⁰.

Grunnen til at dyplinker i seg selv kan utgjøre en krenkelse av opphavsretten utover det vanlige overflatelinker gjør, er etter min mening fordi slike linker kan gripe direkte inn i opphavsmannens økonomiske interesser. Teknikken bak dyplinker gjør det derimot mulig å utnytte de filene opphavsmannen har lagt ut på en rekke måter som i seg selv må anses for å gå utover det som er akseptabel "*normal bruk*" av åndsverket.

Den som lager en link til radiostasjonens streaming link har den samme plikt til å betale fremføringsvederlag som radioen selv. Selv om en argumenterer for at en som

⁷⁹ Garrote: Linking and Framing: A Comparative Law Approach [2002] E.I.P.R s. 187.

⁸⁰ S. 521 i dommen.

privatperson ikke har plikt til å betale vederlag for fremføring, så er det en stor forskjell i disse type tilfeller fordi internett medfører at man gjør musikken tilgjengelig for allmennheten. At linkepubliserer er en privat person blir derfor irrelevant i denne sammenheng. Man kan derfor ikke unnskyldes med at man som privatperson ikke har ansvar for å betale for den fremføring som finner sted. Fra enkelte har det også vært hevdet at man bare sender det samme som radioen selv sender, og at radioen allerede har betalt vederlag for musikken. Man reserverer seg med andre ord mot at det kreves dobbelt vederlag for den samme spilling av musikken. En slik reservasjon fritar ikke for vederlagsplikten. Det følger av Mornington-dommen at vederlagsplikten inntreffer uansett om musikken fremføres som en videresending av annen kringkasting eller ikke, og at argumentet om dobbelt betaling ikke er relevant.

All bruk av bilder og grafikk-filer forutsetter normalt at man skal få overdratt en begrenset bruksrett fra opphavsmannen, og hvor bruksretten er avgrenset etter i henhold til avtalte vilkår. Internett er intet unntak fra dette utgangspunktet. Således bør enhver bruk av andres bilder eller grafikk-filer kreve at man innhenter en tillatelse fra opphavsmannen slik at man kan forsikre seg om at det er greit for opphavsmannen.

Innnevde linker vil kunne krenke opphavsmannens økonomisk interesser på flere måter. Man kan for eksempel bruke bilder som en annen har opphavsretten til på egne hjemmesider slik at man slipper å måtte betale for bruken av bildene som ellers ville ha vært den vanlige praksis i bransjen. Det samme kan argumenteres ved in-line linker til grafikk-filer, logoer mm. I utgangspunktet er dette en problemstilling som kanskje best løses ved bruk av den beskyttelse som vi i dag har for varemerker og markedsføring. Hvis man bruker et annet firmas logo på sine egne hjemmesider for å skape et inntrykk av at man har et samarbeid eller på annen måte er en del av det andre firmaets good-will eller på annen måte utnytter det andre firmaets posisjon i markedet, så vil det være ganske klart at markedsføringslovens § 1 er overtrådt eller at man kan under visse

forutsetninger ha misbrukt andres varemerke i strid med varemerkelovens § 1 og § 4. Det vil ofte være mer hensiktsmessig å gå veien om andre lover enn akkurat åndsverksloven i denne type saker.

Når man kjøper retten til å bruke en reklamefilm eller musikk til reklamefilm, har man i bransjen innarbeidede rammer for hva denne bruksretten. I utgangspunktet har man bare rett til å bruke musikken eller reklamefilmen i ett medium og i ett land. Dersom man ønsker en mer omfattende bruk enn dette, må man betale ytterligere vederlag. Vederlagets størrelse vil avhenge av hvor stort mediet må anses for å være og hvor mange mennesker det kan nå. Dersom man ønsker å vise en reklamefilm på landsdekkende TV koster det mer enn om man viser reklamefilmen kun via lokal-TV. Ett stort land med mange innbyggere er dyrere enn et lite land med få innbyggere osv. De samme prinsipper gjelder for Internett. Dersom opphavsmannen først har samtykket til at musikk eller reklamefilm skal vises via Internett følger det også begrensninger her. Det er ingen andre enn den opphavsmannen har gitt bruksretten til som kan bruke filmen i sine websider. Det er heller ingen andre som kan bruke musikken enn den som opphavsmannen har gitt bruksretten til.

For litterære tekster vil den normale bruk avhenge noe av hvorvidt teksten er en roman eller novelle, eller om det er en nyhetsartikkel eller kun korte sammendrag eller overskrifter. Romaner og noveller kan ikke tilgjengeliggjøres ytterligere uten samtykke fra opphavsmannen. Men sitat eller referat fra tekstene er innenfor det akseptable, men da i medhold av sitat- og referatretten. Skal det fremstilles eksemplar av verkene kan opphavsmannen kreve vederlag for eksemplarframstillingen slik han kan kreve betaling for en bok i butikken. Overskrifter har ikke vern etter åvl. § 1, og linker til overskrifter vil derfor ikke være en krenkelse av opphavsmannens eneretter. Linker til overskrifter er derfor ikke omfattet av opphavsretten og faller naturlig nok utenfor.

Når det gjelder musikk og linker til musikkverk vil opphavsmannen kunne kreve vederlag for nedlastning av musikkverkene eller han kan kreve et fremføringsvederlag for musikken slik praksisen allerede er gjennom ordninger med Gramo og TONO. Men når det gjelder Internett har man ingen gode ordninger for å telle konkret antall nedlastninger eller fremføringer som finner sted. Så TONO og Gramo baserer seg derfor på en prosent av den totale omsetning man har gjennom den tjenesten som tilbys. De satser som TONO og Gramo har fastsatt for fremføring av musikk på Internett må kunne kreves innbetalt også fra den som har laget linker som fremfører musikken. For eksemplarframstillinger følger det som jeg har skissert i forhold til linker og eksemplarframstillingsretten. Det vil i så fall være den som laster ned musikken til egen maskin som må betale vederlag for eksemplarframstilling, av TONO kalt lydfestingsvederlag.

I enkelte tilfeller har man akseptert bruk av dyplinker selv der de omgår førstesidene med reklamebannere. I saken PCM mot Kranten tillot underrettsdomstolen i Rotterdam at nettstedet Kranten.com opprettholdt sine dyplinker til avisers nettsider selv om den innebar en forbigåelse av avisenes startsider og reklame. Domstolen la til grunn at eksterne linker, herunder dyplinker medførte en ekstra internett trafikk for avisene, noe som igjen var positivt for avisene.

Det kan virke som at man i land hvor man baserer seg på ”droit d’auteur” systemet, har en klar forestilling om at når opphavsmannen har gjort sitt verk tilgjengelig på Internett så gir han samtidig samtykke til at nettsidene skal kunne vises på den var opprinnelig

tenkt⁸¹. Men i dette ligger samtidig en begrensning i at det samtykke til dyplinker ikke kan innfortolkes når dyplinkene er i konflikt med opphavsmannens økonomiske interesser.

For at unntak fra enerettene til tilgjengeliggjøring skal kunne begrunnes med implisitt samtykke eller normal bruk må det kunne forutsettes at den normal bruken ikke går utover opphavsmannens økonomisk interesser og at den normale bruken er i strid med en lojal utnyttelse av verket.

4.1.1 Skadelidtes medvirkning.

For ethvert krav om erstatning vil ansvaret lempes dersom skadelidte har unnlatt å handle på en slik måte at han med enkle tiltak kunne ha hindret at skaden skulle inntreffe. I forhold til linker er det slik at ved hjelp av en tilgjengelig teknikk og uten større kostnader kan opphavsmannen beskytte seg mot dyplinker, innvevde linker og ramme linker. Informasjon om teknikken kan i visse tilfeller anses som lett tilgjengelig, mens andre teknikker krever en mer omfattende programmering utført av kyndige webdesignere. Overflatelinker derimot er det teknisk svært vanskelig å beskytte seg mot.

Etter min oppfatning må det også være opphavsmannens plikt å påse at verkene gis en effektiv beskyttelse slik at han kan gjøre nytte av verkene som forutsatt.⁸² Dersom han

⁸¹ Garrote, s. 192.

⁸² I henhold til åndsverkloven er det slik at opphavsmannen kan tilkjennes erstatning etter de alminnelige regler om erstatningsansvar. Da må også de alminnelige regler om lempning, herunder skadelidtes egen medvirkning, få en viss betydning.

gjør verkene tilgjengelig for allmennheten uten å legge inn en teknisk beskyttelse, kan det på mange måter oppfattes som en aksept til at verket fortsatt spres for allmennheten så lenge man vet at annen teknikk vil gjøre det mulig både å beskytte seg mot linking og urettmessig nedlastning. For å ta det første først – så vil jeg påstå at opphavsmannens interesse først og fremst er å skape enn viss publisitet rundt sitt verk, som igjen generer økt interesse i å kjøpe verket og ikke minst økt radiospilling. Som regel er dette hovedinntektskildene en artist og en opphavsmann vil ha. En rekke musikkataloger på Internett har som utgangspunkt at man må ha brukernavn og passord før man får tilgang til musikken. Når det gjelder større databaser hvor interessen er stor kan dette være en hensiktsmessig løsning som ikke medfører større ulempe enn at man velger å registrere seg. Artister som ikke er fullt så kjent har ikke den luksus at de befinner seg i store databaser, og hvor en adgangsbegrensning til musikken får den effekten at folk lar vær å registrer seg fordi det blir for mange operasjoner før man kan høre på musikken. I disse tilfeller vil det i så fall være mer hensiktsmessig med en streaming av musikken slik at den enkelte uansett kan oppleve musikken, uten at man har anledning til å lagre den permanent på sin harddisk.

Vil opphavsmann ha kontroll på verkene sine, så er det en rekke løsninger for å ivareta dette. De vanligste metodene er å bruke cookies og/eller sessions. Ved bruk av disse metodene gir man automatisk den enkelte besøkende en unik ID. Siden man automatisk kan gi hver enkelt nettleser en unik ID så har man også full kontroll over hva den enkelte bruker skal få tilgang til, fra hvor (IP) og i hvilken tidsperiode. Linkene vil på den måten, om nettsideutvikleren vil, ha en svært begrenset levetid. Dette bestemmer nettsideutvikleren selv. En vanlig session opphører gjerne når nettleseren lukkes. URL'en til den aktuelle filen vil derfor være ugyldig i samme sekund som den aktuelle nettleseren lukkes. Andre enklere former for beskyttelse kan oppnåes ved hjelp av HTTP protokollen. Ved hjelp av HTTP REFERER vet vertsmaskinen fra hvilken

maskin HTML-skriptet som gjør det aktuelle kallet kommer fra. Er ikke dette i overenstemmelse med den opprinnelige vertsmaskinen, nektes tilgang.

Dette eksemplet er hentet fra en konfigurasjonsfil for Apache web server. Denne aktuelle konfigurasjonen hindrer uautorisert dyplinking til *.gif og *.jpg bilder.

```
RewriteEngine on
RewriteCond %{HTTP_REFERER} !^$
RewriteCond %{HTTP_REFERER} !^http://(www\.)?domene.no/*.*$ [NC]
RewriteRule \.(gif|jpg)$ - [F]
```

De fleste web-servere gir også anledning til å sperre for trafikk fra utvalgte IP'er og domener. Merker en server administrator unormal stor trafikk fra en ekstern server, som f. eks. da supersøk.no indekserte hele søkebasen til finn.no så er det en enkel sak og sperre for trafikk fra denne IP'en. Man kan også begrense datamengden hver bruker skal kunne motta innen en tidsperiode. Hvis man begrenser dette til hva en normal bruker vanligvis laster ned, vil man tidlig eliminere uønskede indekserings roboter som i supersøk.no's tilfelle. De innhentede dataene ville derfor blitt fragmenterte og ufullstendige og derfor ubrukelige.

I dag er det vanlig at man har reklamefinansering av de fleste nettsidene, også på underforliggende sider. Antall reklamebannere vil avhenge av nettsidens interesse blant allmennheten. Det vil også være mulig for websideredaktøren å programmere såkalte style-sheets slik at enhver side, slik at også underforliggende nettsidene, alltid vises med samme ramme og bakgrunn. Style-sheets kan ikke overstyres av linker. Style-sheets er derfor en god løsning dersom man ønsker at nettsiden, eller webelementer alltid skal vises i forhåndsdefinerte omgivelser, eksempelvis at firmaets navn logo ol alltid vises.

Gjennom bruk av rammer kunne man enkelt fremstille andres åndsverk på en slik måte og i omgivelser rammeprogrammereren valgte – og ikke rettighetshaver eller opphavsmannens opprinnelige programmerte websider. For eksempel kunne produktinformasjon vises i et helt annet firmas websider, uten at produktrettighetshaver

hadde noen kontroll på hvordan produktene ble fremstilt. Likevel er rammer ikke noe problem for dagens webprogrammere. De fleste legger nå inn en kode kalt ”break-out-of-frame” som overstyrer rammer slik at andre websider ikke kan programmere rammelinker til de nettsidene med en slik kode. Slik jeg ser det er praksisen rundt bruk av rammelinker i dag gjerne lagt opp slik at man åpner et nytt vindu hvor man forflyttes direkte til websidens URL som en vanlig forflytningslenke – men da med den egenskap at man ikke behøver å forlate den nettsiden man besøker som det linkes fra. Etter min mening fungerer rammer på denne måten som en enkel måte å bla mellom de ulike nettsiders informasjonskilder, uten å måtte forlate den nettsiden som i seg selv startet ens opprinnelige søk.

Det er den som velger å publisere sine verk over Internett som har ansvaret for å beskytte verkene i henhold til opphavsmannens eller rettighetshaverens interesser, enten de er av finansiell eller ideell art. Så vidt jeg kjenner til er det kun vanlige overflatelinker som ikke kan forhindres selv om man skulle ønske å gjøre dette. Alternativt må man sperre for enkelte IP-adresser, som kanskje vil være tilstrekkelig i forhold til behovet man står overfor, jfr det som er skrevet om KMPG. Når man samtidig kan beskytte sine bilder, eller sine litterære verk eller sin musikk bør man også sette seg inn i den teknikken som gjør dette mulig slik at man ikke kommer i den situasjon hvor andre urettmessig bruker ens åndsverk. For den som vil beskytte seg er det også enkelt å finne informasjon om hvordan dette gjøres ved enkelt søk på Internett. En slik beskyttelse vil derfor ikke utgjøre store investeringene i verken tid eller penger. Dersom man har satt arbeidet med webdesignet bort til et eksternt firma, bør man klargjøre graden av beskyttelse slik at oppdragstaker er inneforstått med ens krav til sikkerhet. Dersom den eller de som skal sette opp nettsidene ikke gjør dette, vil vedkommende selv kunne bli ansvarlig overfor opphavsmann eller rettighetshaver i medhold av alminnelige regler om erstatning i kontrakt.

En siste løsning er og rett og slett kreve registrering for brukernavn og passord for å få tilgang på filer. Dette har åpenbart sine ulemper i forhold til brukervennlighet.

5 Andre begrensninger i opphavsretten

Gjennom internasjonale konvensjoner og direktiver, herunder Opphavsrettsdirektivet settes tre vilkår for at man gjennom nasjonal lovgivning kan begrense opphavsrettens omfang.⁸³ Dette er en av flere bestemmelser som danner grunnlag for den såkalte ”tretrinns testen”.

Testen innebærer at nasjonal lovgivning må oppfylle tre vilkår for at begrensninger av opphavsretten kan innføres. 1) At unntak fra opphavsrett kun skal gjelde spesielle avgrensede tilfeller, 2) at det ikke må skade den normale utnyttelse av verket og 3) ikke på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser.⁸⁴

I Bernkonvensjonen er det gitt adgang til unntak fra eksemplarframstillingsretten gjennom artikkel 9(2). Tretrinns testen er videreført i TRIPS-avtalen i identisk ordlyd med Bernkonvensjonen, det samme gjelder for WIPOs opphavsrettstraktat av 1996. For WIPO traktat om vern av visse nærstående rettighetshavere fra 1996, har man valgt å anvende tretrinns testen på samme måte når det gjelder hvilke unntak den enkelte traktatspart kan gjennomføre i nasjonal lovgivning. Samme rammer har EU-direktivet tatt med i artikkel 5.5.

⁸³ 2001/29/EF.

Opphavsrettens finner sin begrensning i andre bestemmelser i opphavsrettsloven som sitatretten og referatretten, lånereglene og unntak for kopiering til privat bruk med mer.

5.1 Lånereglene m. v.

En samlebetegnelse på lovbestemte begrensninger av opphavsretten er ”*lånereglene*”. Reglene omfatter retten til eksemplarframstilling til privat bruk (åvl. § 12), regler om rett til å sitere fra åndsverk (åvl. § 22), regler om rett til å ta vernede åndsverk med i samleverk for bruk i undervisning eller for bruk ved gudstjenester (åvl. § 21) og regler om rett til videresalg av bøker og fonogrammer (§ 21). Ikke alle lånereglene er relevante i forhold til linker. Men noen kan være av særlig interesse. Jeg vil kun behandle de regler som får en betydning for allmennheten på generelt grunnlag. Særbestemmelser som retter seg mot en mindre gruppe vil jeg la ligge.

Unntakene slik de er formulert vil så langt de faller innenfor det linker gjennom tilgjengeliggjøring har av betydning for oppfyllelse av formålet, være omfattet av måter man kan bruke åndsverket på så fremt det ikke går utover de rammer bestemmelsene gir. Lånereglene må med andre ikke brukes på en slik måte at det gir et større omfang av opphavsrettens begrensninger enn det man i dag praktiserer. Internett har et stort skadepotensial dersom det ikke utvises en viss varsomhet med hvordan man behandler åndsverk som gjøres tilgjengelig på denne måten. Det vil derfor kreves stor forsiktighet dersom man gjennom lånereglene ønsker å bruke Internett som formidlingsmedium. Særlig bør man være forsiktig med å gjøre åndsverk tilgjengelig på en slik måte at det vil være mulig å laste ned de digitale versjonen av åndsverket. Når det gjelder

⁸⁴ Ot. prp nr 46 s 29.

fremføring eller annen tilgjengeliggjøring av verket, bør denne foregå på en slik måte at man ikke går utover det formål lovbestemmelsene har som grunnlag for lånereglene. Dette vil igjen i stor grad kunne bero på en konkret tolkning fra tilfelle til tilfelle.

Sitatretten etter åvl. § 22 omfatter retten til å sitere fra et offentliggjort åndsverk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger. Det vil si at formålet må være lojalt og at det for eksempel ikke vil være tillatt å utøve sitatretten i økonomisk konkurranse med opphavsmannen. Sitatet må typisk være innfattet i et siterende verk, og det må være forholdsmessig forbindelse mellom det siterende verk og sitatet.

Når det gjelder forskjellen mellom sitater og referater er det slik at et referat typisk vil være en gjengivelse av verket i bearbeidet form. Referenten gir meningsinnholdet en egen ytre form, slik at det resulterer i en selvstendig prestasjon. Et typisk sitat derimot vil være en direkte og presis gjengivelse av hele eller deler av andres verk.

5.2 Opphavsrett og ytringsfrihet

I visse tilfelle kan det hevdes at man må gripe inn i opphavsmannens eneretter fordi hensynet til ytringsfriheten må gå foran. Men det vil som regel være sjeldent at ytringsfriheten kan begrunne et unntak fra enerettene, og vil derfor være rent unntaksvis mulig. I det jeg finner temaet som mye større enn det min avhandling gir rom for, må jeg kun gi en meget kortfattet fremstilling av forholdet mellom ytringsfriheten og opphavsretten.

Ytringsfriheten skal sikre fri informasjonstilgang og informasjonsflyt for allmennheten. Ytringsfriheten er lovhjemlet i Grunnlovens (heretter bare GrL.) § 100 og den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) art 10. At det å publisere

linker er omfattet av ytringsfriheten kommer klart frem i St. mld. nr. 26 (2003-2004) s. 164 og 165.

Men selv om linker er vernet av ytringsfriheten gir det nødvendigvis ikke rett til å krenke opphavsmannens rettigheter i medhold av ytringsfriheten. Som regel skaper ikke dette store konflikter da det typiske vil være at man i medhold av ytringsfriheten omtaler åndsverket uten å samtidig gjøre verket allment tilgjengelig eller fremstiller eksemplarer av det.

Likevel tilsier hensynet til ytringsfriheten at det i visse situasjoner bør kunne gjøres innskrenkninger i opphavsmannens eneretter. For eksempel kan det være behov for å dokumentere de ytringer som fremmes ved sitater fra det vernede verk. En kunstners bilde kan være en nyhetsbegivenhet, som for eksempel ved åpning av en utstilling. Særlig massemedia bør i visse tilfeller tilkjennes en større rett til å gjengi bilder av vernede verk. Enda et eksempel kan være film eller lydopptak av politikere som holder taler. Men noen generell normkonflikt mellom ytringsfrihet og opphavsretten eksisterer i utgangspunktet ikke.⁸⁵ Unntak må ikke være i konflikt med opphavsmannens normale utnyttelse av verket eller som er til urimelig skade for opphavsmannens interesser. Det foreligger ingen praksis om spørsmålet, likevel vil man få en viss veiledning ved å avveie hvilke konsekvenser et slikt ansvar for linker vil få for ytringsfriheten på Internett mot behovet for å holde den som har publisert linken ansvarlig etter åvl. § 54, jfr § 2. For vanlige overflatelinker vil det kunne hevdes at hensynet til ytringsfriheten går foran opphavsretten. Overflatelinkene er det som setter informasjonen i system og

⁸⁵ Kyrre Eggen, Særskilt vedlegg nr 1 til NOU 1999:27, s. 279.

gjør informasjonstilgangen enklere. Når man på den annen side vet at overflatelinker som utgangspunkt aldri medfører noe økonomisk tap for opphavsmannen, har man heller ikke grepet inn i opphavsretten i større grad enn det som må anses som det normale. På samme tid vil det neppe være snakk om en krenkelse av opphavsmannens interesser fordi man gjennom overflatelinker gjengir verket på samme måte som om opphavsmannen selv skulle ha gjort det, og ikke i et større omfang enn det opphavsmannen selv har valgt å gjøre. I så måte kan linkingen heller ikke sies å være illojal.

Siden dyplinker og rammelinker i mange tilfeller kan gripe inn i det økonomiske interesser som opphavsmannen har, vil det ofte være slik at ytringsfriheten ikke verner et slikt inngrep.

Siden linker er et av de viktigste forhold som særpreger Internett og da særlig som redskap for en enkel og rask informasjonstilgang, vil et ansvar for linker innebære at et av Internetts viktigste fortrinn forsvinner. Uten linker vil tilgangen til informasjon på Internett bli relativt tungvint. Så lenge opphavsmannen har effektive måter å beskytte sitt verk på utover det at andre lager alminnelige overflatelinker til deres verk, bør man kunne anse det som i opphavsmannens egen interesse om han beskytter sitt verk, men at så lenge han ikke gjør det, må man heller ikke ramme den enkelte link slik at Internett i sin ytterste konsekvens mister sitt teknologiske fortrinn.

Etter dette vil det derfor kunne hevdes at overflatelinker er vernet i medhold av ytringsfriheten, mens for alle andre linker vil inngrepet bli for omfattende til at ytringsfriheten kan gis forrang.

5.3 Ansvarsfrihet etter e-handelsloven

For søkemotorer vil linker genereres hver gang man får treff på et søkeord. Søkemotoren vil ikke kunne avgjøre om linken som genereres linker til opphavsrettslig vernet materiale, eller om det linkes til et innhold som er lagt ut på Internett uten samtykke fra opphavsmannen. De fleste søkemotorer gå fri av ansvar etter ansvarsfrihetsreglene i e-handelsloven §§ 16-18⁸⁶. Vilkår for ansvarsfrihet er gjengitt i all korthet nedenfor.

Fordi ulik lovgivning har gjort det vanskelig med utvikling av tjenester over landegrensene og skaper muligheter for konkurransevidninger ha man gjennom EU-direktiv forsøkt å skape en rettsenhet om ansvarsfrihetsbestemmelser for hindre dette. Ansvarsbegrensningene gjelder innenfor alle rettsområder, både strafferettslig og erstatningsrettslig ansvarsfrihet. En tjenesteyter vil imidlertid ikke automatisk være ansvarlig dersom dennes tjenester faller utenfor disse ansvarsfrihetsbestemmelsene. Hvorvidt en tjenesteyter vil kunne gjøres ansvarlig vil avhenge av annen regulering. Formålet med direktivet er å sikre felles minimumsregler som verner om tjenesteyters ansvarsfrihet.

Det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende ved gjennomføringen av ansvarsfrihetsreglene i norsk rett. For det første stiller direktivet opp absolutte vilkår for ansvarsfrihet for tjenesteytere som tilbyr overføring, mellomlagring og lagring av annens informasjon. Disse ansvarsfrihetsreglene er gjennomført i norsk rett

En tjenesteyter som overfører informasjon for en tjenestemottaker i et kommunikasjonsnettverk, er ikke strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig for innholdet i den overførte informasjonen, forutsatt at overføringen ikke starter hos tjenesteyteren, og tjenesteyteren ikke selv velger mottakeren av overføringen. Videre må det være slik at tjenesteyteren ikke selv bestemmer eller endrer informasjonen som overføres.

En tjenesteyter vil heller ikke, etter bestemmelsen i e-handelsoven § 16, være strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvarlig for innholdet i informasjon som automatisk, mellomliggende og midlertidig lagres utelukkende for å gjøre overføringen til andre tjenestemottakere mer effektiv. Det forutsettes at tjenesteyteren ikke selv bestemmer eller endrer informasjonen som overføres, overholder vilkår for tilgang til informasjonen, overholder alminnelig godtatte regler for oppdatering av informasjonen og ikke griper inn i lovlig anvendelse av alminnelig anerkjent teknologi, i den hensikt å oppnå data om bruken av informasjonen.

Men ansvarsfrihet for slik mellomlagring vil bare gjelde dersom tjenesteyteren uten ugrunnet opphold fjerner eller sperrer tilgang til den lagrede informasjonen når tjenesteyter har fått kunnskap om at en domstol, en offentlig myndighet eller et særskilt organ utpekt av departementet i forskrift har gitt pålegg om å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen. Det samme gjelder når tjenesteyter har mottatt underretning om at informasjonen er fjernet fra opprinnelsesstedet eller at tilgangen til informasjonen er sperret.

⁸⁶ Lov av 23. mai 2003, nr 35, Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

En tjenesteyter som lagrer informasjon på oppfordring fra en tjenestemottaker, kan bare straffes for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist forsett, eller holdes erstatningsansvarlig for lagring av ulovlig informasjon eller medvirkning til ulovlig virksomhet ved lagring av informasjon, dersom han har utvist forsett eller grov uaktsomhet. Tjenesteyteren er i alle tilfelle straffri eller fri fra erstatningsansvar dersom han uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen etter at forsettet eller den grove uaktsomheten etter første ledd forelå.

6 Særlig om de tilfellene hvor Internettpubliseringen i utgangspunktet er urettmessig

Når et åndsverk er gjort tilgjengelig på Internett uten samtykke fra opphavsmannen, vil også den tilgjengeliggjøring eller eksemplarframstilling som videre finner sted være i strid med åvl. § 2. I slike tilfeller blir det unaturlig å snakke om ”*normal utnyttelse*” eller ”*implisitt samtykke*” i det opphavsmannen aldri har gitt et samtykke i utgangspunktet til at verket skal gjøres tilgjengelig via Internett. Når linker må anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring av åndsverk etter åvl. § 2, blir også enhver link til slike verk i teorien en handling som kan utløse et erstatnings- eller et straffeansvar etter åvl. § 54 og § 55.

Det avgjørende for ansvar vil derfor være spørsmål om skyldkravet er oppfylt, eller om det foreligger ansvarsfriende grunner som faktisk eller rettslig villfarelse. Skyldkravet etter åvl. § 54 og § 55 er uaktsomhet eller forsett. I hvilken grad man er uaktsom i forhold til linker som publiseres kan i noen tilfeller bero på hva slags type åndsverk man linker til, og andre ganger hva slags nettsider det linkes til. Spørsmålet blir i så fall om

den som koder linken visste eller burde vite at han linket til materiale som var gjort tilgjengelig uten samtykke fra opphavsmannen.

For mp3-filer vet de fleste at slike filer lastes opp i Internett uten at opphavsmannen har samtykket til det. Særlig for større artister vil det ofte være slik. Likevel er det klart eksempler hvor opphavsmannen selv velger å publisere sin musikk på denne måten.⁸⁷

For bilder og grafikk filer er det kanskje ikke så lett å vite om det er opphavsmannen som gjør verkene tilgjengelige. Som regel vil det ikke en gangvære angitt i en nettsider hvor han har gjort verket tilgjengelig selv. Når det gjelder sider hvor hans materiale befinner seg uten at han har samtykket til, vil det være enda vanskeligere å vite om opphavsmannen har gitt et slikt samtykke. Større spillefilmer vil følge de samme prinsipper som musikkfiler. Både for film og musikk har rettighetshavere jobbet mye med holdningskampanjer for å få folk til å slutte med fildeling. Om man kommer over en fil til en større film tilgjengelig på Internett, sier det seg selv at man bør vite at denne filmen ikke ligger tilgjengelig på Internett etter samtykke fra opphavsmannen.

For at erstatningsansvar skal inntre er det også et krav om at vilkårene for økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng etter de alminnelige regler om erstatning er oppfylt. Dersom disse vilkårene ikke er oppfylt vil heller ikke ansvar inntre. For straff er det ikke et krav til økonomisk tap.

⁸⁷ Dette er gjort blant annet av David Bowie og Ralph Meyerz and the Jack Herren Band. Sistnevnte ble stoppet av TONO i det TONO mente at dette innebar at de ikke fikk sine 10% av det vederlag man ville ha krevd innbetalt. For TONO var dette derfor uakseptabelt.

7 Avslutning

I denne avhandlingen har jeg forsøkt å vise at man gjennom eksisterende lovgivning kan anse HTML-linker som en selvstendig tilgjengeliggjøring av det åndsverk linkepubliserer linker direkte til, enten i form av overflatelinker, dyplinker, rammelinker eller innvevde linker. Likevel er det en rekke forhold som kan begrense linkepubliserers ansvar hvis linking må anses å være innenfor den normal utnyttelse av verket, eller at opphavsmannen selv har forsømt sin plikt til å verne sitt verk. Alt i alt behøver dermed linkeansvaret å bli så omfattende som det i utgangspunktet kunne se ut som. Dersom det fra lovgivers hold er ment at linker holdes utenfor opphavsretten bør det etter min mening klart tas et standpunkt til dette.

Jeg har derfor villet forsøke å gi en balansert fremstilling av hva som må anses som illojal linking og hva som må anses som akseptabel linking slik at man ikke ender opp med et Internett fullt av begrensninger. Men antall aktører til tross, så har det vært påfallende få rettstvister i forhold om linking på Internett. Muligens er dette en klar indikasjon på at Internett fungerer godt i forhold til dagens regelverk og den utbredte kotyme i form av netikette. Alt i alt skal vi ikke glemme at Internett må først og fremst sikre en fri tilgang til informasjonsutveksling. Slik jeg ser det er Internett en kilde til enorm kunnskap fra alle verdens hjørner. Og det aller beste med Internett er at selv den utilgjengelig plass i verden kan sette brukere i forbindelse med hverandre og hvor utveksling av kunnskap og informasjon kan være en kilde til større forståelse og respekt for andre folk og kulturer. I det lange løp vil det bringe verden ett steg nærmere hverandre.

8 Litteraturliste

Bøker, artikler:

Andenæs, Johs, Formuesforbrytelsene, 6. utg, Oslo, 1996.

Andersen, Mads Bryde, Linking og robottering på Internet, UfR nr 22, 3. juni 2000 s. 311 – 319.

Carlén-Wendels , Thomas, Nätjuridik : lag och rätt på Internet, 3. uppl. Stockholm 2000
Efskind, Erlend Rignes, Skjermbildets rettslige natur, Complex 2/02.

Garotte, Ignacio Javier, Linking and Framing: A Comparative Law Approach, 2002.
E.I.P.R, s. 184-198.

Gralla, Preston, How the Internet Works, 6. utg., Indianapolis, 2002

Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, Oxford 2002

Iliardi and Blakeney (ed), International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties,
1st ed, Oxford 2004

Karnell, Gunnar m. fl., Immaterialrätt, 6. utg. Stockholm, 1998

Koktveddgaard, Mogens, Lærebog i Immaterialret, 6. utg, København 2002

Krol, Ed, The Whole Internet User's Guide & Catalog, Sebastopol, CA, 1993

Leistner, Matthias, Creating Cyberspace . Intellectual Property Law and Competition
Law Protection of the Web Designer. IIC 2/2003, Vol 34, pages 119-232.

Rehof, Lars Adam, Trier, Tyge, Menneskerett, 1. utg., København og Oslo, 1990.

Riis, Thomas, Opphavsrett og retsøkonomi, 1. udgave, 1. oplag, København 1996

Rognstad, Ole Andreas, Konsumpsjon og digitale overføringer – Et forslag til en
alternativ løsningsmodell, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, , København 2003.

Schønning, Peter, Lovlige kopier av ulovlige eksemplarer?, TfR 2000 nr 4, årgang 6, s
497-507.

Senftleben, Martin, Copyright, Limitations and the Three-step test, The Hague/London/New York, 2004.

Stewart, Stephen M., International Copyright and Neighbouring Rights, London, 1983

Stoltze, Lars, Internet Ret, 1. utg, København, 2001.

Stray Vyrje, Magnus, Opphavsrettens ABC, Oslo, 1987

Tande, Knut Martin, Lenker til andres material på www som selvstendig krenkelser av åvl. § 2, åvl. 43 eller mfl. § 1, doktorgradsavhandling, UiB 2005.

TONO Nytt nr 4, 2004, 12. årgang. Oslo.

Tøien, Irina Eidsvold, Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett, Complex 4/02

Ødegaard, Magnus (red), Infomediarett, 1. utg. Oslo, 2001

Wagle, Anders og Ødegaard, Magnus jr., Opphavsrett i en digital verden, Oslo, 1997.

Wold, Erik, Napster.no til Høyesterett, NIR, 2005.

Lover:

Lov om varemerker av 3. mars 1961 nr 04.

Lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai 1961 nr. 2.

Markedsføringsloven av 16. juni 1972 nr 47.

E-handelsloven av 23. mai 2003 nr 35.

Forskrifter:

Forskrift til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.).

Forarbeider:

Kyrre Eggen, Særskilt vedlegg nr 1 til NOU 1999:27.

KKD - Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverkloven med mer, 02.04.2003

NHD – Ot. prp. nr 4 (2003-2004) - Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

NOU 2003:27; Lovtiltak mot datakriminalitet

Ot. prp. nr 26 (1959-60)

Ot. prp nr 85 (1997-98)

Ot. prp nr 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

St. meld. nr 26 (2003-2004), Om endring av Grunnloven § 100.

Internasjonale konvensjoner og traktater og direktiver:

WIPO-traktat om framføringer og fonogrammer, 20.12.1996

WIPO-traktat om opphavsrett med omforente erklæringer fra diplomatkonferansen som har vedtatt traktaten og bestemmelsene i Bernkonvensjonen (1971) som det er vist til i traktaten (WIPO-traktat om opphavsrett)(1996).

Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2001/29/Ef av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

Nettpublikasjoner:

[Ballade.no - TONO om Musikkonline, 28. november 2003](#)

<http://www.gramo.no>

<http://www.gramo.no/4.b9b618f87eddf9a07fff949.html>

<http://www.wired.com/news/business/0,1367,2230,00.html>

<http://www.nytimes.com/library/tech/99/11/biztech/articles/15free.html>

<http://www.techlawjournal.com/courts/freerep/Default.htm>

http://www.techlawjournal.com/courts/freerep/20000731ord.asp#tlj_III

http://elj.warwick.ac.uk/jilt/intprop/98_2burk/default.htm

<http://blogdex.net/track.asp?url=http://www.kpmg.com/>

<http://www.wired.com/news/business/0,1367,48874,00.html>

<http://www.javascriptkit.com/howto/htaccess10.shtml>

<http://odin.dep.no/europaportalen/norsk/eos/p30005497/032001-030165/ved002-bn!30005497.html>

<http://pub.bna.com/ptcj/99-560.htm>

Dommer:

Norske

Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk)

Rt. 1955 s. 536 (Musikk over høytaleranlegg)

Rt. 1964 s. 782 (Jukebokser)

Høyesteretts dom av 1. oktober 1995 (Piratdekoderdommen).

Høyesteretts dom av 27. januar 2005, Napster.no-saken, også publisert i Rt. 2005 s. 41.

Borgarting lagmannsrett, LB 2000-00699

Eidsivating lagmannsrett dom av 3. mars 2004 (sak 03-000482ASI-ELAG)

RG-2004 s. 513 (Finn.no)

Oslo tingrett om av 27. oktober 2003 (Startsiden.no)

Sør-Gudbrandsdal tingrett dom av 22. januar 2003

Nordiske

Svensk høyesteretts dom av 27. mars 1980 (Hotell-TV), NIR s. 258 flg. 1980

Finsk høyesteretts dom av 28. januar 1999 (Dnr R 97/984), HD 1999:8

NJA 2000 s. 292 – Tommy Olsson

Vestre landsret dom av 20. april 2001

Jyväskylä tingsrätt dom av 28. mai 2001 (publisert i Lov og Data nr 67, september 2001)

Københavns Byrets fogedret – Kendelse av 7. juli 2002 - Newsbooster, publisert i LoD-2002-072-26

Andre land

Rotterdam herredsrett dom av 22. august 2000, sak nr 139609/KG ZA 00-846

Tysk høyesteretts dom av 17. juli 2003 (Paperboy)

District court of California, Southern division, Leslie a. Kelly, et al. vs. Arriba Soft Corp. Case No. SA CV 99-560 GLT[JW]

9 Lister over tabeller, figurer m v

Fig. 1, Linkers betydning for informasjonsoverføringen mellom brukerens maskin, linkeservermaskinen og fillagringsserveren.